

《政府采购法实施条例》 条文理解与案例适用

顾问 江 平
审定 陈川生
编著 李显冬 魏 昕

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 • BEIJING

内 容 简 介

《中华人民共和国政府采购法实施条例》于 2015 年 3 月 1 日起施行,本书以条例内容为主要框架,以条文释义为主要内容,加之精选的案例与法理分析,构成了本书的主要写作思路和篇章结构,因此本书主要分为三个部分:条文释义、案例、法理分析。本书的写作角度是理论与实践相结合,本书的最大特点是对每一条法规内容配一个相关案例,通过对条文的理论解释和对案例的法理分析,加深读者对法条的理解和掌握,帮助解决实际工作中的难题,具有很强的实践意义和应用价值。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

《政府采购法实施条例》条文理解与案例适用/李显冬,魏昕编著. —北京:电子工业出版社,2016.2
ISBN 978-7-121-28021-4

I. ①政… II. ①李… ②魏… III. ①政府采购法—法律解释—中国②政府采购法—案例—中国 IV.①D922.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 003123 号

策划编辑:陈晓莉

责任编辑:陈晓莉

印 刷:

装 订:

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本:787×1092 1/16 印张:16.25 字数:436 千字

版 次:2016 年 2 月第 1 版

印 次:2016 年 2 月第 1 次印刷

定 价:59.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线:(010) 88258888。

序

十八届四中全会强调依法治国，给我们提出了一个很深刻的命题，就是怎么样依照法律的精神和法治的思想来治国。所以各个方面都应当提“法治压倒一切”，强调依法治国。自然，一个国家要做到依法治国，很重要的一个原则就是得有序运行。如此，在依法治国的语境下，如何理解有序，就涉及了两个不同的层面：

首先，依法治国当然要有规则来指导国家的运行。

因为有序的最重要基础就是规则的指导，如果压根不存在规范运行的规则，怎么能叫做有序呢？

其次，权力的运行要有序。

如果权力运行不能做到有序进行，比如法院的司法权力运行无序，公安机关的运转无程序可依或者不遵守程序，那么怎么能够说国家处于有序状态呢？同理，政府的采购工作也只有规则的指导下有序进行，这样才能叫做依法治国。

无疑，如何处理私权和公权两者之间的关系自然就在依法治国理念中居于非常重要的地位。当然私权的行使要考虑到群众的利益，不能随意被剥夺，也不能被非法予以限制；而公权则不同，凡事都要考虑到其行使的范围。十八届四中全会特别提到了“法无授权即不可”，这当然是就公权而言的。我们现在特别强调公权与私权两者之间的不同，强调公权绝对应受到限制！就是因为其没有授权就应该被禁止；至于私权则凡是法律没有禁止的就都是自由的。

从依法治国的根本精神来看，私权是基础，公权是管理的工具。把私权视为我们依法治国的基础来对待，很有好处，能够解决许多方面的矛盾和问题。故而公权才应当严格加以限制，没有权力清单，没有授权，权力即不能随便行使。也正是由于公权力最容易被滥用，因而才使对公权力的限制成为依法治国最重要的一个环节，这是公权的本质特征之一。

这也是我们强调依法治国，首先就得要有法律规范中的应有之意。然而我们现在的立法无疑是有问题的，而且都还不那么明确。比如说，现在大家都讲网上规则。那么，针对互联网犯罪，到底什么叫犯罪？什么叫不犯罪？据我所了解，现在互联网并没有一个正式的刑法上的规定，最多是“两高”，即最高法院、最高检察院的司法解释，但光靠司法解释能够作为一个治罪的标准吗？这个问题是需要我们很好地思考的！而就互联网犯罪而言，现在“两高”的司法解释主要涉及了造谣。但造谣到底怎么来下定义呢？什么才叫严重的造谣呢？所以怎么来区别这其中究竟哪个是有罪的，哪个是无罪的，就缺少明确的规范了。以此为例我只是说，我

们的立法还存在很多不明确的地方，需要我们不断予以完善。

《中华人民共和国政府采购法实施条例》作为一部行政法规，无疑是对《政府采购法》中不明确的地方做出的相应补充规定，以便使有关立法更加完善。这一条例中涉及了私权与公权力之间的关系问题，涉及对公权力的限制问题。要规范政府权力的运行，是对国家依法治国之法治理念的一种响应。

显冬作为我的学生与他自己的学生魏昕的这本书，从这样一种理论与实践相结合的视角，通过对法规条文理论诠释，特别是具体案例的生动说明，无疑可以给政府采购实践工作提供一个很好的“有法依法，没有法律依习惯，没有习惯依法理”依法进行政府采购的参照范本。

是为序！

A handwritten signature in black ink, appearing to be '魏昕' (Wei Xin), written in a cursive style.

2015年11月26日

跋

《中华人民共和国政府采购法实施条例》（以下简称《条例》）于 2015 年 3 月 1 日起施行。《条例》的出台千呼万唤、步履蹒跚，距离其上位法《政府采购法》颁布实施长达 12 年之久，足见公共采购法律关系之复杂。公共采购的实质，包括招标方式采购，就是在公权管制下签订一个民事合同。民事合同就是一种民事法律关系，讲民事法律关系则离不开讲案例。

我一直以为，案例的梳理特别是经济法的案例，并非只是罗列案例、阐释法条，其实它是一项复杂艰巨的任务。其缘由是公共采购不仅涉及法学，还涉及管理学、经济学等多门学科。即使是单纯的法学案例也需要依据作者对法条的理解，精心对搜集的案例归纳裁剪，使其同法条浑为一体，方便读者对法条学的理解，记得住、用得上。

本书对法条的梳理以公权和私权的关系为主线研究其法律关系，包括行为或事实的主体、客体和内容。首先，逐一对法律条文内容进行高度概括，总结出其主旨含义，利于读者准确把握本条的立法意图和全部法律关系；其次，对法律条文原文引用部分，用较为明显的字体进行标示，利于读者方便查找；最后，在本书的最后会列举出一系列的参考网站，利于读者及时更新、查找有关采购信息。这种写作方式不仅在理论上透析了法条背后的含义，而且也提高了法条在实践中运用的正确性。所以，本书的体例是由法律条文、条文释义、经典案例、法理分析这四部分构成的。

本书是 2013 年法制出版社出版的由我主编、江平先生作序、陈川生先生审定的《〈中华人民共和国招标投标法实施条例〉条文理解与案例适用》的姊妹篇，也是我和我的学生魏昕同学合作的成果。

在本书完成后，作者再次请到法学界的泰斗级学者江平先生为本书作序。在撰写过程中，我的好友山西省机械设备成套局原总工程师、北京建筑大学兼职教授陈川生先生对全书做了最后审定，包括对法条的注释的修改并提供其最新论文供作者引用参考。中北大学理学院的朱晋华高级工程师和江西科技师范大学的陈杼晖老师为本书案例的收集和解读也做了一定的工作。此外，作者在撰写本书过程中参考的一系列著作文献、专业书籍、官方网站、新闻网站等，虽不能一一列举，但在此一并表示感谢！对书中的缺点错误亦请广大读者批评指正。

李显冬

2015 年 12 月 1 日

目 录

第一章 总则	1
第一条 立法依据	1
一、《政府采购法》的法律特征	1
二、制定条例的合法性和必要性	2
三、《政府采购法实施条例》的特点	2
第二条 财政性资金和服务的解释、说明	7
一、对“财政性资金”定义的必要性	7
二、对“财政性资金”概念范畴进行界定	8
三、关于非财政资金	9
第三条 集中采购目录	9
一、集中采购目录界定的必要性	10
二、集中采购目录的基本内容	10
三、两类集中采购目录的适用条件	10
第四条 集中采购和分散采购	11
一、集中采购、分散采购和混合采购	12
二、集中采购机构和采购代理机构	13
第五条 制定集中采购目录和采购限额标准的授权	14
一、制定集中采购目录	14
二、采购限额标准	15
第六条 政府采购的社会政策目标	16
一、财政部门是落实国家政府采购政策的职能部门	16
二、财政部制定政府采购政策的依据	17
三、实现政府采购政策的具体措施	18
第七条 政府采购工程的法律适用	21
一、政府采购工程的法律适用	21
二、政府采购工程的法律适用的实践	23
第八条 政府采购项目信息公开	27
一、体现公正透明的原则	27
二、政府采购项目信息发布的行政监督主体	27
三、政府采购项目信息发布的渠道	27
第九条 政府采购回避制度	28
一、建立政府采购回避制度	29
二、政府采购中应回避事实的认定	29
三、供应商申请回避的权利和申请程序	30
第十条 政府采购的电子化发展	31
一、推动政府采购活动电子化的必要性	32
二、实现政府采购电子化的途径	32

三、政府采购电子交易平台建设的规划·····	33
四、依据规划稳步推进政府采购电子化的进程·····	33
参考文献·····	35
第二章 政府采购当事人 ·····	36
第十一条 采购人的义务·····	36
一、采购人的范畴界定·····	36
二、对采购人义务规定的必要性·····	37
三、采购人承担义务的原则·····	37
四、具体措施和目标·····	37
五、科学合理确定采购需求·····	38
六、禁止采购人所为的行为·····	38
第十二条 采购代理机构的补充规定·····	40
一、集中采购机构·····	41
二、集中采购机构以外的采购代理机构·····	41
第十三条 采购代理机构的业务要求·····	42
一、采购代理机构应当具备的软件和硬件条件·····	42
二、提高招标代理服务专业化的环节·····	43
三、确定招标代理的工作边界·····	44
第十四条 采购代理机构及其工作人员不得为之条款·····	46
一、采购代理机构及其工作人员不应为条款之必要性·····	46
二、采购代理机构及其工作人员不应为之行为·····	46
第十五条 采购文件编制·····	50
一、采购人、采购代理机构编制采购文件的依据·····	50
二、确定采购需求的约束条件·····	51
三、公共服务项目确定需求的途径·····	51
第十六条 委托代理协议·····	53
一、签订委托代理协议的必要性·····	54
二、委托代理协议包含的具体事项·····	54
三、委托代理机构的义务·····	54
第十七条 供应商资格条件材料·····	57
一、供应商需提供参加政府采购活动资格条件的证明材料的必要性·····	57
二、供应商参加政府采购活动需要的证明材料·····	58
第十八条 对供应商的限制·····	60
一、存在关联关系的供应商不得参加同一合同项下的政府采购活动·····	61
二、为采购项目提供过服务的供应商不得再参加该项目的其他采购活动·····	61
第十九条 明确重大违法记录的范围和解除·····	62
一、重大违法记录之内涵·····	62
二、重大违法记录之外延·····	63
三、供应商禁止参加政府采购活动的解除条件·····	64
第二十条 对供应商实行差别待遇或歧视待遇的具体情形·····	65
一、项目信息的有差别提供·····	65
二、设定条件与采购项目特点的关系·····	65

三、对特定行政区域或特定行业的业绩、奖项的考虑	66
四、对供应商采取不同的资格审查或者评审标准	66
五、限定或者指定特定的专利、商标、品牌或者供应商	67
六、非法限定供应商的所有制形式、组织形式或者所在地	67
七、以其他不合理条件限制或者排斥潜在供应商	67
第二十一条 关于供应商资格预审的规定	68
一、依法发布资格预审公告	68
二、不再对供应商进行资格审查的规定	69
三、供应商的通知义务	69
四、提交资格预审申请文件的时间	69
第二十二条 联合体要求	71
一、允许以联合体形式参与政府采购活动的必要性	71
二、联合体资格等级的认定	71
三、以联合体形式参加政府采购活动的限制性规定	72
参考文献	73
第三章 政府采购方式	74
第二十三条 采用公开招标以外采购方式的法定情形	74
一、在政府采购中公开招标是主要采购方式	74
二、公开招标采购数额标准的确定	75
三、采用公开招标以外采购方式的法定情形	75
四、变更采购方式的审批机关	75
五、采购方式变更的材料	75
第二十四条 批量集中采购	76
一、实施批量集中采购制度的必要性	76
二、批量集中采购是政府集中采购制度的具体体现	77
三、实行批量集中采购的法定和例外情形	77
四、其他文件的相关规定	77
第二十五条 依法不进行招标的政府采购工程的采购方式	78
一、依法不进行招标的政府采购工程的范围	78
二、政府采购工程依法不进行招标可以选择的采购方式	79
第二十六条 适用竞争性谈判的两种情形的具体解释	80
一、竞争性谈判方式	81
二、采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的	81
三、不能事先计算出政府采购价格总额的	82
第二十七条 对单一来源采购方式中规定的解释和补充	84
一、单一来源采购方式	84
二、只能从唯一供应商处采购	84
三、公共服务项目具有特殊要求	85
第二十八条 对化整为零方式规避公开招标行为的界定	86
一、通过化整为零进行采购是规避公开招标的表现形式	86
二、认定化整为零规避公开招标方式的要件和例外情形	87
参考文献	88

第四章 政府采购程序	89
第二十九条 政府采购实施计划	89
一、政府采购实施计划及计划的编制	89
二、建立政府采购实施计划备案制度的必要性	91
第三十条 政府采购项目预算	92
一、公开采购项目预算金额的必要性	93
二、招标采购文件的作用	93
三、公开采购项目预算金额	94
第三十一条 招标文件提供期限、澄清和修改	96
一、招标文件的提供期限	96
二、对已发出的政府招标文件进行澄清或修改的要求	97
第三十二条 招标文件	98
一、采用标准招标文件缘由	98
二、标准招标文件的构成及其法定的具体内容	99
第三十三条 招标、竞争性谈判、询价的保证金	102
一、投标保证金的作用	102
二、投标保证金的担保性质	103
三、投标保证金的数额限定以及提交形式	103
四、退还供应商投标保证金的时间要求	104
五、竞争性谈判或者询价采购提交保证金的同样适用	104
六、关于投标保证金的法律责任	105
第三十四条 评标方法	106
一、政府采购的评标方法法定	106
二、最低评标价法的定义和适用条件	106
三、综合评分法的定义和适用条件	107
四、招标文件约定的标准是评审依据	107
第三十五条 需求不确定的竞争性谈判程序	109
一、非招标方式确定采购需求的特点	109
二、本条款的适用条件	109
三、确定采购需求的主体和程序	110
四、最终报价	110
第三十六条 询价中的合同条款	113
一、询价采购方式的应用范围	113
二、询价采购中合同条款的确定	113
三、询价过程中合同条款不能调整	114
第三十七条 质量和服务相等的含义	115
一、质量和服务相等的解释	115
二、采购文件规定的实质性要求	115
第三十八条 唯一供应商的公示	118
一、公示信息的两个条件	118
二、从唯一供应商处政府采购需在媒体公示的内容	118
三、公示信息的载体	118
四、公示期	119

五、未达到公开招标数额标准且符合只能从唯一供应商处采购的处理方式	119
第三十九条 评审专家的产生	120
一、政府采购活动中评审专家的来源和聘请方式	120
二、政府采购评审专家库	121
三、评审专家的资格条件	121
四、政府采购评审专家的例外规定	122
第四十条 评审专家一般要求	124
一、遵守评审纪律、保密义务	125
二、对违法行为报告的义务	125
三、对非法干预报告的义务	126
第四十一条 对评标委员会等评审组织成员的要求	127
一、评审原则即客观、公正、审慎	127
二、专家评审的方法	127
第四十二条 评审中采购人、采购代理机构的禁止行为	129
一、采购人、采购代理机构的解释与说明义务	129
二、不得带有倾向性或者误导性	130
第四十三条 中标、成交的确定和公告	131
一、提交评审报告	131
二、确定中标、成交供应商的程序	132
三、中标、成交公告的具体内容	133
第四十四条 重新评审、改变评审结果的禁止性规定	134
一、不得违法重新评审	134
二、政府采购评审不得随意改变结果	135
三、可以重新评审的除外条款	135
第四十五条 验收	140
一、履约验收的必要性	141
二、出具验收书	141
三、验收结果向社会公告	141
第四十六条 电子档案	142
参考文献	143

第五章 政府采购合同

第四十七条 合同标准文本	145
一、制订合同标准文本的必要性	145
二、政府采购合同标准文本的法律特征	146
三、制定政府采购合同的政府职能部门	146
四、合同的必备条款和示范文本	146
第四十八条 履约保证金	147
一、提交履约保证金的必要性	147
二、履约保证金的性质	148
三、履约保证金的形式和数额	148
第四十九条 供应商拒签合同	149
一、中标、成交通知书的法律效力	149

二、供应商拒绝签订采购合同的处理程序·····	150
第五十条 政府采购合同须公开·····	151
一、政府采购合同公开的必要性·····	151
二、公告合同的当事人·····	152
三、公告媒体·····	153
四、公告政府采购合同的例外规定·····	153
第五十一条 采购资金支付·····	157
一、采购人及时支付采购资金是其基本合同义务·····	157
二、资金支付程序·····	158
参考文献·····	160
第六章 质疑与投诉·····	161
第五十二条 询问和质疑答复·····	161
一、询问程序·····	161
二、答复询问、质疑的责任主体·····	161
三、超出授权范围的询问或质疑·····	161
四、评审专家有配合答复询问、质疑的义务·····	162
第五十三条 质疑时效期间的起算·····	163
一、设定质疑期限限制的必要性·····	164
二、对政府采购提出质疑的时间·····	164
三、关于质疑期间的计算问题·····	165
第五十四条 暂停签订或暂停履行合同·····	166
一、暂停签订或中止履行合同·····	166
二、暂停签订或中止履行合同规定的必要性·····	166
三、暂停签订合同、中止履行合同的义务主体是采购人·····	167
第五十五条 对供应商提出质疑、投诉的要求·····	168
一、立法目的·····	168
二、质疑、投诉必须有明确的请求和相关证明材料·····	169
三、投诉事项不得超过已质疑事项的范围·····	170
第五十六条 对投诉事项的调查·····	171
一、财政部门对投诉事项的处理方式·····	171
二、相关人员配合调查的义务·····	172
第五十七条 特定情形的投诉处理·····	173
一、财政部门应当予以驳回投诉申请的情形·····	173
二、撤回投诉申请·····	174
第五十八条 投诉处理期限计算与处理决定公告·····	176
一、期限的计算·····	176
二、投诉事项处理决定的公告·····	176
参考文献·····	178
第七章 监督检查·····	179
第五十九条 政府采购项目的采购标准·····	179
一、政府采购项目的采购标准·····	179
二、采购标准具体内容·····	179

第六十条 财政部门对集中采购机构的考核事项	184
一、财政部门对集中采购机构进行考核的必要性	184
二、财政部门对集中采购机构的考核事项	184
三、制订考核计划	186
四、建立重要情况报告制度	186
第六十一条 采购人与采购代理机构之间的相互监督	187
一、采购人和采购代理机构	187
二、采购人对采购代理机构的“监督”	187
三、采购代理机构对采购人的“监督”	188
第六十二条 政府采购评审专家库管理与评审专家职责履行情况的记录	189
一、对评审专家库实行动态管理	189
二、记录和报告制度	190
第六十三条 政府采购信用信息平台	191
一、政府采购监督管理体制	192
二、对政府采购活动相对人的管理监督	192
三、对供应商、采购代理机构、评审专家不良行为的监督管理	192
第六十四条 财政部门的监督检查权	194
一、法律对财政部门监督检查的授权	194
二、执法对象相应的义务	194
第六十五条 政府有关部门监督、通报制度	196
一、建立通报制度的必要性	196
二、审计机关的监督	196
三、监察机关的监督	196
四、有关部门的监督	197
参考文献	198
第八章 法律责任	199
第六十六条 明确规定的应予罚款的具体数量限额	199
一、明确罚款具体数额的必要性	199
二、明确具体的罚款数	199
三、财政部门的行政处罚裁量权	200
第六十七条 采购人违法采购的法律责任	201
一、采购人不当行为的表现形式	202
二、政府采购执法主体及其处罚方式	205
第六十八条 采购人、采购代理机构违法采购的法律责任	207
一、需承担法律责任的政府采购行为的表现形式	208
二、政府采购法律责任的类型	210
第六十九条 集中采购机构违法行为的法律责任	212
一、政府采购违法行为的表现形式	213
二、政府采购执法主体及其处罚规定	213
第七十条 采购人员不依法回避的法律责任	215
一、采购人员与供应商有利害关系的应当回避	215
二、政府采购回避的义务和程序	215

三、法律责任	216
第七十一条 采购人、采购代理机构违法行为处理办法	217
一、对《政府采购法》第七十三条第一项的补充	217
二、对《政府采购法》第七十三条第二项的补充	218
三、重申了《政府采购法》第七十三条第三项的规定	218
四、兜底条款	218
第七十二条 供应商违法行为的法律责任	219
一、供应商违法行为之法律责任的补充规定	220
二、供应商违法行为的表现形式	220
三、供应商违法行为的法律责任	222
四、供应商违法行为的法律后果	222
第七十三条 投标人恶意不实投诉的法律责任	225
一、非法投诉的表现形式	225
二、恶意不实投诉的执法主体及其处罚	226
第七十四条 恶意串通的法律责任	227
一、恶意串通的 7 种情形	228
二、政府采购活动中违法行为的法律责任	229
第七十五条 政府采购评审专家违法行为的法律责任	232
一、违法法定评审程序的法律责任	232
二、应当回避而未回避的法律责任	232
三、收受贿赂或者获取其他不正当利益的法律责任	233
四、政府采购评审专家有上述违法行为的法律后果	233
第七十六条 政府采购当事人的民事责任	235
第七十七条 财政部门法律责任	236
一、财政部门在政府采购中行政违法行为的表现形式	237
二、财政部门在政府采购中的法律责任	237
参考文献	238
第九章 附则	240
第七十八条 有关财政管理实行省直接管理的县级人民政府的特别规定	240
一、县级人民政府行使批准变更采购方式职权的前提	240
二、县级人民政府行使批准变更采购方式的授权	240
第七十九条 《政府采购实施条例》的施行时间	242
一、自法律公布之日起生效	242
二、到达期限为生效时间	243
三、公布后经过一定时间生效	243
参考文献	245

第一章 总 则

第一条 立法依据

第一条 根据《中华人民共和国政府采购法》（以下简称《政府采购法》），制定本条例。

【条文释义】

一、《政府采购法》的法律特征

政府采购属于公共采购范畴，2010年10月，商务部组织的《公共采购立法与争议机制解决研究》课题组认为：“我国的公共采购，是指国家各级政府机关、其他直接或间接接受政府控制的企业、事业单位和团体组织，为实现公众服务职能，或为满足社会公共利益或公众安全的需要，在市场上取得货物、工程和服务的活动。”由于多种原因，我国的公共采购由《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）和《政府采购法》两部法律规范构成。

政府采购起源于18世纪中期的西方市场经济国家。美国在1761年颁布了《联邦采购法》，对政府采购的形式、程序等进行详细规定，对政府采购行为加以约束，并为州和地方政府广为采用。目前，《政府采购法》调整的范围属于西方国家传统的政府采购，所谓传统的政府采购将其界定为中央政府（以后范围又扩大到地方政府和公益事业单位）所进行的货物、服务的采购。20世纪70年代以来，随着政府采购在世界范围内的广泛采用，其国际化的倾向日益明显。因此，关贸组织于1979年将政府采购纳入到贸易投资自由化谈判领域之内，并制定了《政府采购协议》（简称GPA），而后经过多轮修改，于1994年形成目前版本，即1994版。1994版规定，参加方在协议生效后3年内，继续就协议文本和扩大出价开展新一轮谈判。根据该规定，参加方开展了历时近15年的谈判。2011年12月1日的WTO部长级会议通过了GPA新文本，各方也就新一轮出价达成一致。2012年3月30日，WTO政府采购委员会召开正式会议，一并颁布了GPA新文本（也称2012版）和各方新一轮出价。

显然，对于传统的政府采购而言，其采购方式必然是多样性的，政府采购活动中有关行政部门的权利、义务和责任分工也必须是明确的。因此，《政府采购法》首先是一部行政实体法。其次，相对于《招标投标法》规范的招标采购程序而言，《政府采购法》又属于调整政府采购过程中有关招标投标内容的特别法。这里的所谓特别法是指《招标投标法》以外关于招标投标活动的某些特别法律规定。

1995年王家福先生在给中央领导同志讲法制课时明确指出：“对于任何法规，若不究明其属于公法或属于私法，就不可能了解其内容和意义，就不可能正确地理解和适用”。

我国的《政府采购法》（2003年起开始实施）第二条第二款明确指出了政府采购是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。政府采购不单指具体的采购过程，也包括采购政策、采购程序及采购管理等，是一种对公共采购进行管理的制度，是一种政府行为。政府部门在满足自身需要和提供公共服务的交易中体现了法人的属性，从而被称之为公法人；而事业单位、社会团体在交易过程中被称之为公益法人，公益法人属于私法人范畴，但由于其采购使用

国有资金，所以加强对所谓公法人或公益法人的采购管理已是世界各国普遍的惯例。

政府采购作为公权力机关依法定程序做出意思表示，自是一种公法行为。因此，《政府采购法》无疑是一部具有公法法律规范的法律文件。但政府的公行为并非是可以无限延伸的，公法人与私法人实现商品所有权变动的法律行为就是地道的合同行为，其内容须受私法规制。《政府采购法》第四十三条规定：“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”该条规定明确了政府采购的私权性质。而《政府采购法》及其《条例》的立法目的就是要将政府的采购行为限制在“笼子里”，防止公权力的滥用，以维持社会、经济秩序的稳定。

由此可见，《政府采购法》兼具调整公法和私法的两重法律关系，但是同《招标投标法》相比，由于其采购主体的特定性和使用资金公共性，其公权的管制更加严格，被行政法学者视为特别行政法，而被经济法学者视为调整政府采购的一部特别法。

二、制定条例的合法性和必要性

依据《立法法》第五十六条的规定：“国务院根据宪法和法律，制定行政法规。行政法规可以就下列事项做出规定：（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；（二）宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项，国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。”

《政府采购法》自2003年1月1日实施以来，对规范政府采购行为、提高政府采购资金的使用效益、促进政府廉政建设发挥了重要作用。法规实施10多年来，政府采购的实践日益充分，并且随着政府采购改革的深入推进，政府采购的总规模从2002年的1009亿元上升到2013年的16381亿元。同时，政府采购活动中存在的“天价采购”、“质量不高”、“效率低下”等问题引起了社会的广泛关注和政府采购制度的深深质疑，因此，有必要制定、出台配套实施的行政法规，细化法律相关规定，充实、完善政府采购制度。

制定出台《中华人民共和国政府采购法实施条例》（以下简称《条例》），自然将进一步促进政府采购的规范化、法制化，构建规范透明、公平竞争、监督到位、严格问责的政府采购工作机制。

三、《政府采购法实施条例》的特点

《条例》的出台顺应了经济社会发展和深化政府采购制度改革的客观需要，对《政府采购法》进行细化、补充、完善、创新，体现了政府简政放权的改革思路，体现了政府采购法制建设中的重大立法进步。主要表现在以下三个方面。

（一）《条例》体现了政府改革开放简政放权的总体思路

1. 《条例》以“问题导向”为基点来统一法制

自2003年《政府采购法》颁布以来，随着我国政府采购规模的逐年扩大并取得显著成绩的同时，实践中的矛盾与问题也日渐凸显。在政府采购操作过程中，各类采购因地区、项目、时间、需求各异，全国情况复杂，法律又没有赋予各地方或部门因地制宜制定详细规则的权力，导致采购部门和代理机构对法律、操作程序解释各不相同。

与此同时，国家科学治理体系远未形成，整个社会管理生态环境不佳，许多新兴矛盾无法

经由政府采购主管部门一家协调处理，倒逼政府采购主管部门以“头痛医头、脚痛医脚”的方式，通过制定各种相关规章，完成其臂长所及的所谓分内之事。于是出现了有关政府采购“办法”与“规章”林立、政府采购领域诟病同步增长的局面。因此，以“问题”为导向的行政法规的出台就成为当前政府采购领域关注的焦点。

不管法理学对法的本质问题存在多么大的争议，但在“法是国家意志的体现”这一命题上，是没有异词的。法律是体现国家意志的，《条例》遵循国家继续把简政放权、放管结合作为改革重头戏的执政理念，通过《条例》对法律进行解释、细化、补充、完善，体现国家全面深化改革的积极思维。

《条例》有针对性地对实践中亟须解决的问题制定了有效的对策，如政府采购中建设工程项目的法律适用、财政性资金的解读、招标代理机构的管理、政府采购程序规则的细化、评标专家的管理、补充完善行政监督等。

统一法制是对政府采购领域和所有相关部门的整体治理，并从根源上为整体地、彻底地解决政府公共采购存在的问题创造一个坚实的法制基础和环境。

2. 以“结果导向”体现政策目标

《政府采购法》的立法宗旨有三个重要的目标：一是，要正确处理经济活动中公平和效率的关系；二是，有助于实现国家的经济和社会发展政策目标；三是，促进廉政建设。其中后两条可归纳为社会责任，即政府采购的目标包括公平、效率和责任三个范畴，体现了政府采购目标的多元化，鉴于三个目标的维度不同，甚至产生悖论，因此，在政府采购中正确处理三者的关系尤为重要。政府采购在以制度因素促进资金节约、物有所值的基础上，采取以批量、集中采购为主的采购形式，具有特定的政策调节功能。《条例》通过一系列具体和尽量细化的规则、规定，完善制定了采购需求标准、预留采购份额、价格评审优惠、优先采购等采购措施，有望更好地实现节约资源、保护环境、促进中小企业发展等目标。

依据《立法法释义》第五十六条规定：“行政法规可以就下列事项做出规定：（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；（二）宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。”其中，行政法规可以为执行法律的规定需要制定行政法规的事项，行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。这是因为，根据《立法法》第八条的规定，限制人身自由只能通过制定法律加以规定。（政府部门规章和规范性文件除了例外规定，一般不可以创设新的行政处罚）。

因此，《条例》在法律责任方面单独设立一章，并做出了12条规定，这将极大地改善政府采购法的执行力和约束力，提高政府采购法律秩序的保障水平。维护政府采购法律秩序是政府采购法的重要内容，同时把促进廉政建设落到实处。

3. 以信息披露为手段规范市场

针对政府采购中的法人主体属于公法人或公益法人的这一属性，发达国家大都以信息披露为主要手段对公共采购实施监督。多年的实践证明，对于采购这种微观经济活动的管制靠行政监督往往成本很高但效果不甚了了，发挥社会监督的重要作用才是有效可靠的途径。

借鉴国外经验，《条例》通过信息披露，即全过程信息公开实现阳光采购。这种公开包括：一是采购信息公开；二是采购方式、评审方式和标准等公开；三是中标和成交结果等公开；四是采购合同公开；五是投诉处理结果公开。

《条例》强化了政府采购的源头管理和结果管理。通过上述规定，强化了社会监督，将公开透明原则贯穿于采购活动的全过程，提高了政府采购的透明度，并规范了市场秩序。

（二）《条例》是法律既有规定的延伸和具体化

《条例》严格按照上位法的规则，对既有的法律条款进行延伸和具体化的主要表现有以下几个方面。

（1）对现有法律条款的解释

《条例》对现有法条的解释有 14 条，这些条款有些是对《政府采购法》规则定义的解释，如第二条财政性资金，对于该定义的解释涉及政府采购适用范围，因此，对其做出准确的解释非常重要；有些条款是对法条模糊定义的具体化解释，如第十九条对重大违法记录的表现形式做了明确规定；又比如对于供应商的询问，《政府采购法》第五十一条规定采购人应当及时做出答复，《条例》第五十二条对“及时”做了解释，“应当在 3 个工作日内”。

（2）对有关条款已有规定进行细化

《条例》对现有法律条款的细化条款共有 10 条。

所谓细化就是原有法规已经有概括性规定，但不够具体或者内容不明晰。如《政府采购法》第九条规定政府采购应有助于实现社会政策目标，《条例》第六条将其细化为“通过制定采购需求标准、预留采购份额、价格评审优惠、优先采购等措施”；再如《政府采购法》第二十条规定了采购人和采购代理机构签订代理合同，《条例》第十六条对代理合同的内容和履行义务做了规定。类似条款还涉及回避条款、编制投标文件时间、非招标方式批准程序、质疑答复、监督部门工作等规定。

（3）依据法律规定的原则进行必要的补充

所谓补充是法律对此没有规定或仅有原则性的规定，《条例》依据其立法原则增加相应规定的一种方式。如《条例》增加了采购程序中关于投标保证金、履约保证金的规定；增加了电子招标、电子形式归档的规定；补充了拒绝签订合同可以重新招标的规定等共 52 条。依据章节划分第一章总则补充了 1 条；第二章当事人补充了 7 条；第三章采购方式补充了 3 条；第四章采购程序补充了 15 条；第五章采购合同补充了 5 条；第六章质疑投诉补充了 5 条；第七章法律责任补充了 15 条；第八章附则补充了 1 条。

从中可以看出重点是对采购程序和法律责任的补充。

（三）《条例》在法律框架下的创新发展

《政府采购法》的制定与实施带有强烈的“改革使命”的特征，其基本逻辑是实现“阳光采购”与市场公平竞争机制相对接，优化相关制度安排，铲除“吃回扣”等分散采购中容易发生腐败行为的土壤，形成有效监督管理和提升政府采购资金绩效的长效机制。

实践证明，仅通过集中采购这种方法并不能解决腐败问题，《条例》在法律框架下进行了如下的发展和创新。

1. 对政府采购的全方位管制

《条例》在补充完善采购方法、程序的同时，重点对采购需求和合同履行的管制进行了创新补充。

有专家认为，科学合理确定采购需求是政府采购的灵魂，保障必要的需求，是政府采购的原因和条件。要科学合理地确定采购需求，这是一种明确的目标定位，也表明采购就要符合需

要。对合同履行的监管和业绩考核是规范政府采购的利器。《条例》在需求提出、需求说明、需求论证、需求控制、需求确立等多个层面做出了创新规定；采购需求是否得到满足由最终成果合同的履行予以体现。《政府采购法》要求公布政府采购结果，但并未要求公开政府采购合同，公众、未中标或者未成交的供应商都无法了解政府采购合同的全部内容，无法有效监督政府采购结果。实践中，存在采购人与供应商通过变更合同逃避监管和监督的情况。政府采购合同是不同政府采购方式的共同成果，同时，也是政府采购履约交付的依据和基础。《条例》要求公布合同（涉密除外）大大提高了政府采购信息的透明度，强化了公众对政府采购的监督。

2. 对评标专家管理的创新

评审是政府采购工作最核心的环节之一。邀请社会上的评审专家以个人身份独立参与项目评审，是我国政府采购制度一个重要的特点。评审专家在我国政府采购中发挥着独特作用，使这一专家评审制度更加完善，对于政府采购制度的深入发展具有重要意义。

随着政府采购的发展越来越快，评审专家的问题也日益凸显，评标制度不够完善一直是业内专家和社会公众对此颇有微词的环节，主要核心问题是权利义务不对等。虽然法律对此没有具体规定，但《条例》在法律框架下对政府采购评审专家的入库、抽取、评审、处罚、退出等环节做了全面补充：强化对评审专家的失信惩戒（第六十三条）；针对评审专家不同违法行为的性质，打破终身制，区别设定相应的法律责任（第七十五条），都属于制度创新，从制度上尽可能堵塞政府采购的寻租空间。

但在具体的专家选拔、培训、抽取、使用、共享、轮换等方面，现实中还需要做更多细致的和创新性的工作。

3. 监督检查和法律责任的具体明晰

《条例》在第七章监督检查中补充了 5 条，在第八章相关法律责任中补充了 10 条。这将极大地改善政府采购法的执行力和约束力，提高政府采购法律秩序的保障水平。维护政府采购法律秩序是《政府采购法》的重要内容。

法律责任补充的内容有以下几方面：

- （1）明确了《政府采购法》笼统规定的应予罚款的具体数量限额。
- （2）在《政府采购法》规定的法律责任下，设立新的违法行为和适用法律责任的新情形。
- （3）对《政府采购法》规定的违法行为增加新的处理办法，以完善《政府采购法》的规定。
- （4）新设立了 5 个法律责任条款。

本《条例》法律责任包括行政责任、刑事责任和民事责任，以行政责任为主。根据 1996 年《行政处罚法》关于设定行政处罚的规定，行政处罚分为 7 种：警告、罚款、没收违法所得和非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证和执照、行政拘留和法律、行政法规规定的其他行政处罚。行政法规规定的行政处罚将得到刑事法律、地方性法规和政府规章的支持；行政法规规定的民事责任，为当事人主张民事权益提供了依据。所以行政法规在维护行政法律制度方面具有非常重要的作用。

毋庸置疑，上述（2）、（3）、（4）方面都属于制度创新。

本条例的制定目的就是要规范政府采购行为^①

——“豪华采购”、“天价采购”

【媒体报道】

社评：规范政府采购，遏制“豪华”、“天价”。

政府采购是政府行为，采购的产品值不值、有没有不恰当的地方，直接关系到政府的形象，关系到能不能把“有限的钱花在刀刃上”。因此，政府采购不能搞成“小范围动作”、“小圈子知情”，而应该让公众知情、让公众参与、让公众监督，不给暗箱操作空间，不给腐败分子机会。

据《法制日报》2月28日报道，《中华人民共和国政府采购法实施条例》（以下简称《条例》）将于2015年3月1日起施行，曾经存在于政府采购领域中的“豪华采购”、“天价采购”、“产品质量不高”等问题有望受到遏制。尤其是那些由政府向社会公众提供的公共服务项目，花多少钱将不再是由政府说了算。此类采购应当就确定采购需求征求社会公众的意见。

近年来，媒体多次曝光一些地区、一些部门政府采购领域存在的“豪华采购”、“天价采购”等问题，引发社会广泛关注。特别是对某些政府采购项目中可能存在的乱作为、回扣风等现象，公众更是高度关切，希望从源头上加以整治。让纳税人的钱“花得是地方、花得有价值”成了政府采购制度努力的方向。

一些地方政府采购不规范，表现形式多种多样。比如，一些政府采购项目中的产品价格远远高出市场同类产品价格；拟采购的产品用途、档次、性能与政府采购项目中的产品用途不匹配，求大、求高现象突出；一些地方政府采购项目中的公共服务项目，与公众的需求不相符合，浪费严重；一些政府采购项目中的产品以次充好，质量不高；一些政府采购项目的信息被人为隐瞒甚至篡改；一些政府采购项目存在“围标”、暗箱操作现象；等等。这些问题的存在，不仅导致有限的财政资金没有发挥应有的作用，在一定程度上损害了政府部门的形象，而且容易滋生腐败，扭曲公权力的行使。

有关部门的统计分析显示，政府采购领域发生的诸多不规范现象，可能存在如下几个方面原因：一是采购信息不公开或不完全公开，导致政府采购信息不对称，采购人、采购代理机构故意隐瞒采购信息，肆意进行串标、围标；二是采购产品用途描述不合理，采购产品缺乏评价机制，内定供应商中标，一些采购产品“白皮红心”、“红皮白心”，产品验收形式化严重；三是政府采购监督机制不科学，一些“阳光下的交易”变成了暗箱操作；四是一些政府采购资金使用混乱，源头有人管，结果没人问，回扣风严重。

政府采购花的是纳税人的钱，任何花冤枉钱的现象公众都很心疼。更重要的是，政府采购是政府行为，采购的产品值不值、有没有不恰当的地方，直接关系到政府的形象，关系到能不能把“有限的钱花在刀刃上”。因此，政府采购不能搞成“小范围动作”、“小圈子知情”，而应该让公众知情、让公众参与、让公众监督，不给暗箱操作空间，不给腐败分子机会。

《条例》吸纳了方方面面的意见，许多条款都有相当的针对性。比如，针对一些政府采购项目信息被人为隐瞒的现象，规定了政府采购不再完全由政府说了算，一些公共服务项目须听民意，加强了政府采购的源头管理；对一些政府采购项目重过程不重结果的问题，严格了履约产品的验收程序，强化了结果管理；吸取“豪华采购”、“天价采购”的教训，扩大公众监督范

^① 郭振钢.本条例的制定目的就是要规范政府采购行为，工人时报 <http://www.worker.cn>.

围和力度，减少了违法违规操作空间，做到采购需求科学合理；回应公众对政府采购小范围操作的质疑，确立了回避机制和惩戒机制，保障采购质量。

更为重要的是，《条例》作为《政府采购法》的配套法规，进一步规范了政府采购行为，使政府采购更加法治化、透明化。比如，采购信息公开、预算金额确定、采购方式明确、采购结果公示、投诉结果公告、专家失信严惩。等等。相信通过持续的努力，不断夯实政府采购的各项制度，政府采购可以实现多赢的局面。

【法理研究】

本篇报道重点在于刚刚出台的《条例》作为《政府采购法》的实施配套法规，进一步规范了政府采购行为，提高了公众的参与和监督水平，从而有助于避免政府采购出现“豪华采购”、“天价采购”等现象。

公权力机关在行使公权力时，在一般意义上是代表国家、社会和人民的利益，因此，要始终站在国家利益本位的高度。政府采购行为作为一种公法行为，公权力机关在行使权力时，要始终以国家、社会和人民的利益为中心，不能搞“小范围动作”或“小圈子知情”，要坚持依法做到采购行为的公开化、透明化、信息化，保证公民的知情权和监督权，从而进一步规范政府的采购行为，减少违法违规的操作空间。这不仅关乎政府为人民服务的形象，而且在维持经济秩序稳定上也起到重要的作用，进而夯实经济发展的基础，实现政府采购行为多赢的局面。

第二条 财政性资金和服务的解释、说明

第二条 政府采购法第二条所称财政性资金是指纳入预算管理的资金。

以财政性资金作为还款来源的借贷资金，视同财政性资金。

国家机关、事业单位和团体组织的采购项目既使用财政性资金又使用非财政性资金的，使用财政性资金采购的部分，适用政府采购法及本条例；财政性资金与非财政性资金无法分割采购的，统一适用政府采购法及本条例。

政府采购法第二条所称服务，包括政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务。

【条文释义】

一、对“财政性资金”定义的必要性

我国《政府采购法》第二条第二款规定：“本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。”

作为法律适用的主体、资金、项目、标的四大要素之一，判定采购资金来源的性质是确定采购行为是否适用《政府采购法》的重要条件之一。鉴于法律未对“财政性资金”的概念范畴做出进一步的解释说明，实践中对其含义的理解也存在较大的差异，导致实践中对政府采购行为的认定出现矛盾，影响对政府采购行为的科学管理和严格的监督执法。因此《条例》才需要对“财政性资金”做出准确清晰的解释。

二、对“财政性资金”概念范畴进行界定

（一）以纳入预算管理来界定财政性资金

该条第一款明确界定：财政性资金是指纳入预算管理的资金，《政府采购法释义》中曾对财政性资金做出解释：预算内资金+预算外资金。但是，2010年财政部发布了《关于将预算外资金管理的收入纳入预算管理的通知》（财预〔2010〕80号），规定从2011年1月1日起，将全部预算外资金纳入预算管理。《条例》用纳入预算管理来界定财政性资金，不仅使概念的实践更加清晰，而且和2015年1月1日实施的新《预算法》顺利衔接。

新《预算法》规定，国家预算管理的资金包括：一般公共预算、政府性基金预算、国有资本经营预算、社会保险基金预算，对财政性资金进行了全覆盖。2003年中共十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中明确提出“实行全口径预算管理”这一表述，全口径预算管理是我国财政体制改革的目标之一，是深化财政体制改革的重要任务，也是财政体制改革中的一个难题。全口径的预算管理为全口径的政府采购管理奠定基础。因此，界定“财政性资金”的概念范畴促进了政府将预算管理和预算资金进行有机结合的执行工作，进而完善财政资金的管理模式。

（二）依预算采购的政府采购行为才会严格按照预算规定的用途和核定的金额进行

该条第二款规定：“以财政性资金作为还款来源的借贷资金，视同财政性资金。”所谓视同可以解释为推断或认定，我国目前地方债务庞大又缺乏有效监督，因此，将该类资金纳入财政性资金管理，并依照《预算法》对其全方位的管理包括支出管理，依照获批准的预算进行采购，政府采购行为就会严格按照预算规定的用途和核定的金额进行，这对于防范地方财政风险具有重要意义。

该条第三款是对混合性资金性质的界定，混合性资金俗称拼盘资金。法律规定，能分清资金使用性质的，按照其性质处理；不能分清的，统一按照财政资金管理；同时没有规定财政资金在采购项目中应占的比例。该条款对混合性资金性质进行从严界定，以加强对政府采购行为的管理。

（三）对《政府采购法》第二条第七款的服务项目做了解释

主要包括两个方面：政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务。

（1）政府自身的服务

政府自身的服务首先是保障政府部门自身运转需要向社会购买的服务。其主要包括：公文印刷、物业服务、公车租赁、系统维护等。其二是政府履行宏观调控市场监管等职能需要向社会购买的服务。其主要包括：法规政策、发展规划、标准制定的前期研究和后期宣传，法律咨询等。

（2）政府向社会公众提供的服务

这项服务主要包括：公共设施管理服务、环境服务、技术服务、教育、医疗卫生和社会服务等。

《条例》对财政性资金的上述规定厘清并扩大了政府采购管理的范围，政府采购的严格管理为全面落实新《预算法》奠定了坚实的基础。

三、关于非财政资金

非财政性资金主要是指事业单位和团体组织的自有收入，包括经营收入、捐助收入、不用财政性资金偿还的借款等。采购人全部用非财政性资金开展的采购活动，不受《政府采购法》和《条例》的约束，这些采购项目不是政府采购项目。

实践中，利用财政性资金入股企业与其他资金（如通过 PPP 引入的社会资金）共同注册成立项目公司，然后由项目公司建设的项目。由于项目公司不是行政机关、事业单位和团体组织，其中的采购活动不适用于《政府采购法》及其《条例》。但是，依据财政部《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金）〔（2014）113 号〕文的有关规定，如该项目列入地方或部门 PPP 项目范围，财政部分对其负有管理的职责。

【案例 1-2】

明确财政性资金意义何在？^①

【媒体报道】

在某省药品和医疗器械集中采购项目中，采购结果公布后，有生产企业向新闻媒体反映了采购当中存在的某些违法问题。新闻媒体向采购机构提出要求解释该采购项目是否适用政府采购法，如果适用则存在某些违法问题。采购机构对照《政府采购法》第二条的规定，无法得出是否适用政府采购法的结论，其中最重要的一点争议就“财政性资金”的争议，该采购项目的资金来源于医院的自收自支的收费，不是来源于财政拨款。

【法理研究】

当时有两种不同的观点：①狭义理解。财政性资金仅指财政拨款资金，该项目的资金显然不是财政性资金。②广义理解。财政性资金不仅指财政拨款资金，也包含与财政拨款性质相同的资金。医院是国有资金投资的，利用国有资产经营收费的资金也是具有财政性质的资金，因此该项目虽然是医院自收自支的资金，但年初收入和支出都纳入地方政府预算，仍然是财政性资金。

由于当时没有具体的法律法规的相关规定，采购机构最终也没有法律依据回答是否适用《政府采购法》，而是回避了这一问题，间接回答说药品和医疗器械集中采购是根据具体的国家政策和卫生部的某些规定进行的。

按照目前国立医院财务管理的实践和《条例》的规定，前述第一种广义理解的“财政性资金”不妥。现在公立医院的经营收入和支出，在年初都会列入地方财政预算。因此，上述案例的资金应当受《政府采购法》和《条例》的约束，适用《政府采购法》和《条例》。有些地方医疗器械制造企业免费给地方医院提供医疗器械，称之为“投放”，企业通过试剂的有偿使用收取回报，试剂费由患者支付，该类项目不受《政府采购法》的约束。

第三条 集中采购目录

第三条 集中采购目录包括集中采购机构采购项目和部门集中采购项目。

技术、服务等标准统一，采购人普遍使用的项目，列为集中采购机构采购项目；采购人本

^① 明确财政性资金意义何在[N].政府采购信息报，2015-03-09.

部门、本系统基于业务需要有特殊要求，可以统一采购的项目，列为部门集中采购项目。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》中提到的集中采购目录的概念范围进行界定，做了扩展性的解释：集中采购包括部门集中采购。同时，该条第二款对两类采购项目的适用条件也做了规定。在政府采购中，制定集中采购目录、明确具体采购项目是管制政府采购范围的重要手段。

一、集中采购目录界定的必要性

政府采购是财政支出管理的重大改革，是各级政府及所属机构为开展日常活动或为公众提供服务的需要，以法定的方式、方法和程序，对货物、工程或服务进行采购。其目的是强化财政支出管理，提高财政资金使用效益，加强廉政建设。制定政府集中采购目录，明确具体采购项目，实行集中采购，不仅有利于形成批量，取得规模效益，而且还有利于减少重复采购，降低采购成本。

2000年9月18日，财政部下发了《关于印发〈政府采购品目分类表〉的通知》（财库〔2000〕10号），为各级政府编制年度政府采购目录提供了依据，也为政府采购工作的标准化奠定了基础。

二、集中采购目录的基本内容

集中采购目录包括集中采购机构采购项目和部门集中采购项目。

2014年发布的《国务院办公厅关于印发中央预算单位2015—2016年政府集中采购目录及标准的通知》（国办发〔2014〕53号）中，以下项目必须委托集中采购机构代理采购。货物类：台式计算机、便携式计算机等；工程类：装修工程、拆除工程等；服务类：印刷服务、会议服务、物业管理服务等。部门集中采购项目是指部门或系统有特殊要求，需要由部门或系统统一配置的货物、工程和服务类专用项目。例如，外交部的边界勘界和联检专用设备，公安部的警车、出入境证件、制证材料等。

三、两类集中采购目录的适用条件

本条第二款规定，所谓集中采购项目，技术、服务等标准统一；采购人普遍使用的项目，共两个条件；所谓部门集中采购也有两条，即采购人本部门、本系统基于业务需要有特殊要求，以及可以统一采购的项目。

依据《政府采购法》第十八条第二款的规定，集中采购目录内三种不同情形的采购组织形式，如表1-1所示。

表 1-1 集中采购目录内政府采购的不同组织形式

	集中采购目录内项目	采购组织形式
1	通用的政府采购项目	应当委托集中采购机构代理采购，有特殊情况报经同级财政部门批准的除外。 集中采购机构不得把采购人委托的采购项目再委托其他采购代理机构采购
2	本部门、本系统有特殊要求的项目	由采购人组织部门集中采购。部门集中采购项目中属于通用的政府采购项目，应当委托集中采购机构组织实施
3	本单位有特殊要求的项目	可以由采购人依法自主自行组织采购

【案例 1-3】

中央预算单位 2015—2016 年政府集中采购目录及标准^①

(一) 集中采购机构采购项目

以下项目必须按规定委托集中采购机构代理采购：（货物类、服务类略）

二、工程类		
限额内工程	京内单位	指中央国家机关各部门及其在京所属各级行政事业单位使用财政性资金投资预算在 60～200 万元之间的建设工程
装修工程	京内单位	指中央国家机关各部门及其在京所属各级行政事业单位使用财政性资金投资预算在 60 万元以上，与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的单独的装修工程
拆除工程	京内单位	指中央国家机关各部门及其在京所属各级行政事业单位使用财政性资金投资预算在 60 万元以上，与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的单独的拆除工程
修缮工程	京内单位	指中央国家机关各部门及其在京所属各级行政事业单位使用财政性资金投资预算在 60 万元以上，与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的单独的修缮工程

(二) 部门集中采购目录

以下项目可以按规定由本部门、本系统进行统一采购：（试举三例）

水利部	泵，发电机，变频设备，车船用灯，水下照明灯，应急照明灯，绝缘电线和电缆，钻探机，桩工机械，排灌机械，特种作业船，机动船，加工天然石材、石料，其他橡胶制品
税务总局	被服，信息技术服务，单证印刷服务项下车辆购置税完税证明印制，票据印刷服务项下增值税专用发票、增值税普通发票、印花税票印制
民航局	票据印刷服务项下航空运输电子客票行程单印制
.....

【法理研究】

我国的政府采购实行的是集中采购与分散采购相结合的采购方式。

所谓集中采购，是指采购人将列入集中采购目录的项目委托集中采购机构代理采购或者进行部门集中采购的行为，因此，集中采购目录包括集中采购机构采购项目和部门集中采购项目两种形式。其中，集中采购机构的采购项目具有标准统一、价格浮动不大、品种多样、需求量大、适合集中批量采购等特点，能够最大限度地实现有限资金的最大化使用，主要体现的是一种普遍性。

而部门集中采购项目则与集中采购机构采购项目的特点相反，其主要具有采购标准多样化、需求单位零星化、价格不定且需要满足本部门、本系统的特殊要求等特点，需要与本部门、本系统的特殊工作业务相联系，主要体现的是一种特殊性。

第四条 集中采购和分散采购

第四条 政府采购法所称集中采购，是指采购人将列入集中采购目录的项目委托集中采购机构代理采购或者进行部门集中采购的行为；所称分散采购，是指采购人将采购限额标准以上的未列入集中采购目录的项目自行采购或者委托采购代理机构代理采购的行为。

① 国务院办公厅《关于印发中央预算单位 2015—2016 年政府集中采购目录及标准的通知》，中华人民共和国中央人民政府网，www.gov.cn.

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第七条规定“政府采购实行集中采购和分散采购相结合”的具体解释。政府采购模式，即政府采购应当集中管理的程度和类型。当今世界普遍采纳的政府采购模式可划分为集中采购制、分散采购制和混合采购制。

一、集中采购、分散采购和混合采购

（一）集中采购

集中采购是指采购人将列入集中采购目录的项目委托集中采购机构代理采购或者进行部门集中采购的行为。集中采购的价值核心在于形成了公开、公平、公正的良性机制。

（1）集中采购的优势

优势一，集中采购规模的扩大，有助于提高财政资金的有效利用率。

此外，加之集中采购的专业化运作和公开竞争机制，打破市场限制，便于政府规范化管理，以防止采购中出现腐败行为。

优势二，集中采购可以实现宏观经济调控。

这样既能够抑制不正当竞争，调节市场失灵，又能够通过政府消费和政策倾斜，扶持优质企业、欠发达地区及特定产业。

（2）集中采购的劣势

不可否认，集中采购很大程度上会存在“一刀切”的弊端。加之采购物品的使用部门在采购行为中缺乏自主性，因此导致的结果就是无法满足所有单位的特殊需求。

（二）分散采购

分散采购是与集中采购相对应的政府采购模式，是指采购人将采购限额标准以上的未列入集中采购目录的项目自行采购或者委托采购代理机构代理采购的行为。由于采购者与使用者、采购权与使用权的合一，分散采购模式的价值核心在于灵活性与效率性。

（1）分散采购的优势

分散采购易于沟通，信息反馈迅速及时，手续简单，需求单位可以根据需要自主决定采购物品，以满足各部门的特殊需求，尤其在紧急情况中能够实现较高的采购效率。

（2）分散采购的弊端

分散采购难以形成规模购买上的价格优势、做到物美价廉；各使用单位的自行采购也容易造成重复采购，使社会公共物品难以达到资源共享；分散采购还会增加采购官员的数量，不仅加大了资金的损耗，还会人浮于事，使采购效率低下。因此，分散采购难以实现政府采购的经济性和效率化的目标。只有在小规模办公用品的采购中，分散采购才能体现其优越性。

（三）混合采购

混合采购是指政府部门或机构及其监控的企事业单位所需的一切物资及服务的采购，依据相关规定，部分由政府设立或委托的特定机构集中采购，其余由需求单位按照规定程序自行分散采购的组织管理制度。

混合采购制可能会同时获得集中采购和分散采购的双重利益。混合采购模式不仅避免了集中采购模式的自主性缺乏，满足了特殊性需求，同时还克服了分散采购模式的经济性不足，实现了规模采购的价格优势。根据《政府采购法》第七条的规定“政府采购实行集中采购和分散

采购相结合”，我国实行的是集中采购与分散采购相结合的混合采购模式。

二、集中采购机构和采购代理机构

本条规定，采购人将列入集中采购目录的项目法定由集中采购机构代理采购或者进行部门集中采购，同时规范了该类项目采购的具体实施部门，以尽可能体现批量采购的优势、贯彻公开、公平、公正采购的原则；对于分散采购即采购限额标准以上的未列入集中采购目录的项目，法律规定由采购人自行采购或者委托采购代理机构代理采购，这是由于该类项目的专业性和特殊性决定的。

实践中有关集中采购和分散采购的分工如表 1-2 所示。

表 1-2 集中采购和分散采购的分工

	采购范围	采购组织方式	采购执行形式
1	(1) 集中采购目录内的项目 (2) 部门集中采购目录内的项目	(1) 委托集中采购机构代理采购 (2) 部门集中采购	集中采购
2	集中采购目录以外采购限额标准以上的项目	依法自行实施采购 或委托两类“采购代理机构”代理采购的行为	分散采购
3	集中采购目录以外的货物、工程和服务采购 限额标准以下的项目	采购方式自行决定	不属于政府采购管理

【案例 1-4】

分散采购也适用《政府采购法》^①

【案情简介】

某单位通过公开招标的方式分散采购完本单位的门户网站后，迟迟未公布中标结果。这让对此次中标充满期待的供应商都非常着急，多次打听和询问均未得到确定的答复。

一个月后，多家参与投标的供应商才从别的渠道了解到该项目的中标供应商。不满中标结果和采购单位未依法公布采购结果，未中标供应商向采购单位提出质疑。采购单位的答复是，此次采购属于分散采购，可由单位集体研究决定采购结果，不适用《政府采购法》。专家认为，此案如发生在《条例》颁布之后，采购单位的说法不妥。

【法理研究】

财政部于 1999 年颁布的《政府采购管理暂行办法》中就有规定，我国的政府采购实行集中采购和分散采购两种组织实施形式，从而确立了我国政府采购试点期间的政府采购模式。延续至今，根据现行的《政府采购法》的相关规定，加之顺应国际社会的普遍做法和我国政府采购的实际情况，考虑到集中采购与分散采购各自的优势作用，我国政府采购仍然实行的是集中采购与分散采购相结合的采购方式，这样做不仅能够将集中采购的优势与分散采购的优势相结合，做到具体情况适用具体的采购方式，进而可以提高采购的质量和结果，提高采购的效率和水平。因此，在本案当中，采购单位认为分散采购不属于法定的采购方式、不适用《政府采购法》的答复是错误的。分散采购也属于我国法定的采购模式。

所谓分散采购，是指采购人将采购限额标准以上的未列入集中采购目录的项目自行采购或者委托采购代理机构采购的行为。分散采购可以实现集中采购方式无法达到的方便、快捷，能够满足各单位部门的特殊要求，提高采购效率。

^① 刘亚利.政府采购案例精编[M].北京：中国金融出版社，2011 年第 1 版。

第五条 制定集中采购目录和采购限额标准的授权

第五条 省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构根据实际情况，可以确定分别适用于本行政区域省级、设区的市级、县级的集中采购目录和采购限额标准。

【条文释义】

本条规定属于授权性条款。重申了法律授权制定政府采购目录和采购限额标准的行政主体：省级人民政府或者授权的机构；依据《采购法释义》，集中采购目录的授权机构指省财政部门或地级市政府，有利实现集中；采购限额标准的授权机构可以延伸至县级，有利于实现分散。我国地域辽阔，各地经济特别是东西部发展很不平衡，为适应经济发展同步增长的需要，本着实事求是的精神，为加强监督和提高采购效率，做出这样的规定是必要的。

一、制定集中采购目录

（一）集中采购目录确定的权限主体

（1）在同一地区必须保持采购范围执行标准的一致性

由于全国各城市、地区经济发展水平和政府管理水平有所不同，因而财力状况也凸显出极不平衡的特点，使得各城市、地区的政府采购水平和能力也不尽一致，此差异明显表现在东西部、沿海和内陆。因此，从全国范围看，各级政府的集中采购范围不能执行统一标准，要区别对待，但在同一地区必须保持统一性，否则就会出现随意性，造成政府采购市场的混乱。集中采购的范围由省级以上人民政府公布的集中采购目录确定。

（2）体现了统一性与灵活性相结合的授权制

根据该条规定，集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构根据实际情况确定。这里所称的授权机构，主要是指省级财政部门和下级政府如省会城市、地级市等。在确定集中采购目录上采用了授权制，体现了统一性与灵活性相结合的精神，增强了集中采购目录的可操作性。

（二）集中采购需要注意的几个问题

（1）制定集中采购目录的具体机构

法律没有对授权机构的行政级别做出限制，也没有明确是省级人民政府统一对设区的市级、县级的集中采购目录和限额做出规定，还是由授权的机构对本行政区的目录和限额做出规定。这些需要在实践中根据本地经济发展情况实事求是的进行探索，不能搞“一刀切”。

按照《政府采购法》的精神以及实际工作的可行性，实践中，集中采购目录一般应当由有关省级的财政部门拟定，报有关省级政府批准并由政府公布，但是也有省级省会城市经授权制定政府采购目录，如南京市政府颁布了本市行政区内的集中采购目录。

（2）集中采购目录应根据实际情况发生变化

集中采购的范围不是一成不变的，随着社会的发展，会不断涌现出新的产品和服务项目。这些情况表明，集中采购目录也并不是固定不变的，应当根据实际情况逐年变化。

（3）集中采购目录应按照组织主体分类编制

根据《政府采购法》的规定，我国的集中采购分为集中采购机构的采购和部门集中采购，但是，其采购范围都由同一个集中采购目录加以确定。所以，为了便于实施，在集中采购目录

中，应当分别列明通用商品集中采购目录和特殊商品集中采购目录，以此明确集中采购机构的采购范围和部门集中采购的采购范围。在制定集中采购目录时，应当避免将不具备批量的特殊项目列入其中，这类项目应当实行分散采购。

二、采购限额标准

（一）确定采购限额标准的权限主体

政府采购限额标准，是界定政府采购项目是否适用《政府采购法》的重要依据，限额标准的高低直接关系到《政府采购法》适用范围的大小。因此，必须明确制定政府采购限额标准的权限主体——省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构根据实际情况加以确定。这里所称的授权机构，主要是指省级财政部门和下级政府如省会城市、地级市等。

政府采购限额标准的制定，应当综合考虑我国各级政府采购的实际情况，保证各地区内部的统一性与灵活性。与集中采购目录相似，政府采购限额标准也不宜采用统一的数量标准。主要是由于我国各地区的经济发展水平不同，其采购规模、采购项目也就有所不同。比如，中央政府负有国家宏观调控职能，财力较为充足，大型采购项目多，限额标准可以定得高一些。但到县级政府，财力非常有限，采购项目基本上都是满足政府日常办公所需，大型采购项目很少，限额标准不可能定得太高。

（二）确定采购限额标准需要注意的问题

1. 确定限额标准

有关级次的人民政府应尽快制定并颁布所辖地区的限额标准。

2. 限额标准的制定应授权至市、县级人民政府

限额标准与集中采购目录都是确定本法适用范围的标准，但两者使用的方法不同。限额标准是以采购项目金额作为判别标准，集中采购目录则是以采购项目为标准，两者没有交叉。在同一个地区采购项目基本相同，但是采购项目金额差别很大，特别是市、县一级的采购人，大型采购项目非常少。因此，集中采购目录的确定权可以适当集中，但限额标准的确定权应当尽量下放，由各级政府因地制宜地确定。

3. 科学确定政府采购的限额标准

从扩大《政府采购法》的适用范围的角度来看，采购限额标准定得越低，《政府采购法》的适用范围就会越宽。但从目前我国政府的管理水平和采购执行能力来看，限额标准应当定的高一些，随着条件的成熟，再逐步降低限额标准，从而不断提升政府的采购能力和水平。

【案例 1-5】

关于公布《2015—2016 年度山东省省级政府集中采购目录》的通知^①

（其他内容略）

（一）集中采购目录

为适应预算编制改革，保证预算编制的稳定性和连续性，此次制定的《集中采购目录》适

^① 关于公布《2015—2016 年度山东省省级政府集中采购目录》的通知，中国山东政府采购网，<http://www.ccgp-shandong.gov.cn>。

用于 2015—2016 两个年度，2016 年度采购目录不再单独印发。

（二）限额标准

1. 分散采购限额标准

政府采购分为集中采购和分散采购，纳入此次《集中采购目录》以内的政府采购项目，实行集中采购。《集中采购目录》以外（不含《政府向社会力量购买服务指导目录》内采用非政府采购方式的项目），采购限额标准以上的实行分散采购。

分散采购限额标准为 20 万元，即《集中采购目录》以外，单项或批量采购金额 20 万元以上（含 20 万元）的货物、工程和服务项目应实行政府采购；20 万元以下的可不编制政府采购预算，自行组织购买。实行分散采购的，各部门、单位上报政府采购建议书时，应按照“G01 其他货物”、“G02 其他工程”和“G03 其他服务”品目，填报“省级分散采购建议书申请表”，既可委托政府采购社会代理机构采购，也可委托省级机关政府采购中心采购。

2. 小额零星采购限额

除批量集中采购、协议供货和定点采购范围以外的，货物项目单项或批量采购金额 5 万元以下（含 5 万元）的，工程项目单项或批量采购金额 10 万元以下（含 10 万元）的，服务单项或批量采购金额 3 万元以下（含 3 万元）的，报送政府采购建议书后，实行小额零星采购。各高等院校、医院，年度小额零星采购金额累计不得超过 100 万元，其他部门、单位年度货物、服务和工程项目小额零星采购金额累计不得超过 50 万元。

3. 公开招标数额标准

单项或批量采购金额 120 万元以上（含 120 万元）的货物和服务项目（工程勘察、设计、监理项目单项合同估算金额 50 万元以上），200 万元以上（含 200 万元）的工程项目，应采用公开招标方式采购；达到公开招标数额标准的货物、服务项目，因特殊情况确需采用非公开招标采购方式的，应报经省财政厅核准。

根据政府采购法律法规相关政策规定和年度预算执行进度需要，执行过程中省财政厅可对省级政府集中采购目录内项目进行适当调整。

第六条 政府采购的社会政策目标

第六条 国务院财政部门应当根据国家的经济和社会发展政策，会同国务院有关部门制定政府采购政策，通过制定采购需求标准、预留采购份额、价格评审优惠、优先采购等措施，实现节约能源、保护环境、扶持不发达地区和少数民族地区、促进中小企业发展等目标。

【条文释义】

《政府采购法》第九条规定：“政府采购应当有助于实现国家的经济和社会发展政策目标。”本法条以法定形式补充规定了制定采购政策的主管部门、依据和如何实现上述政策目标的措施，能够使政府采购所体现的社会政策目标得到全面落实。

一、财政部门是落实国家政府采购政策的职能部门

财政部是中华人民共和国国务院的组成部门，是国家主管财政收支、财税政策、国有资本金基础工作的宏观调控部门。鉴于财政部门是国家财政管理的职能部门，《条例》对《政府采购法》第九条抽象的政府概念做出了具体规定，明确了政府具体职能部门：一是明确了法律对

部门的授权，同时也意味着明确了部门应当承担的责任；二是避免了地方政府其他部门为保护地方或部门利益做出同国家政策目标不一致的规定。

二、财政部制定政府采购政策的依据

《条例》明确了政府制定采购政策的依据是国家经济和社会发展政策。随着国家经济建设规模的扩大，国家的经济和社会政策也会做出相应的调整，如随着我国总体经济规模的发展，对西部地区、少数民族地区的扶持采购政策可以有更大力度的投入；在目前自然环境遭到严重破坏的情形下，加大对环保工业的扶持等。因此，顺应了时代发展的潮流趋势，同时，《条例》也将节约能源增加为政府应当支持的政策目标之一。

（一）政府采购须节约能源、保护环境

能源是国家现代化的基础和动力。不管当今世界政治经济格局如何调整、能源供求关系如何变化，能源仍然是国际政治、金融、安全博弈的焦点。在当今能源经济的背景下，能源正逐步成为人们生存和发展的关键因素。因此，可以说能源问题是当今我国经济和社会发展所面临的关键问题，也是最为严峻的挑战之一。

国务院财政部门采取节约能源、保护环境的措施，具体来说就是，要求政府采购一些符合能源节约、环境保护政策要求的产品。第一，政府采购不能采购那些对能源、环境造成威胁、破坏的企业生产的产品，如不符合规定的小造纸厂生产的纸张；第二，政府采购不能采购那些不符合能源节约、环境质量要求的产品，如北京市及许多城市规定群众要购买尾气排放达标的汽车。

从法律上明文规定，政府采购需要考虑能源节约、环境保护的要求，因此可以将因政府采购而形成的商业机会向符合能源节约、环境保护要求的企业或产品倾斜，鼓励和支持这类企业的健康发展。

（二）政府采购要扶持不发达地区和少数民族地区的发展

在我国不发达地区和少数民族地区中，经济发展水平普遍不高，企业竞争实力普遍不强，要实现国家经济健康、均衡发展的目标，加快提升这些地区的经济发展水平是必然要求。但是，要达到这一要求，完全只依靠市场发挥自身的功能作用是很难实现的；完全只依靠持续不断的直接向这些地区的政府或企业提供财政资金的老办法进行扶持也是很难实现的。因此，这就凸显出政府采购的优势地位。

政府采购可以将政府采购形成的商业机会，尤其是中央单位的政府采购，向这些地区适度倾斜，在保证公平竞争的前提下，将采购合同优先授予相对有实力的、不发达地区和少数民族地区的供应商，支持该地区企业的发展，提高企业的竞争实力，从而促进企业发展与财源增长的良性循环，逐步改善地区不发达的经济状况，以实现全国经济均衡发展的目标，缩小贫富差距，实现共同富裕。

（三）政府采购亦应促进中小企业的发展

中小企业也是增加社会就业率的主要途径之一，对维护社会稳定、和谐起着至关重要的作用。因此，世界各国都对中小企业给予必要的扶持。在政府采购活动中，中小企业因资金相对有限、业务范围规模较小，竞争实力不强，往往会处于相对弱势地位。因此，法律规定了相应

政策,《条例》就是对扶持中小企业政策的细化、落实。

主要内容是,政府采购人或者采购代理机构应当将一定限额以下的采购项目或适合中小企业采购项目,适度向中小企业倾斜,甚至可以规定政府年度采购项目总额预留出一定比例给中小企业,以此来扶持中小企业的发展。例如,在公开招标采购中,同等条件下优先向中小企业购买产品或者服务;在定点采购、协议供货采购中,将采购规模不大、技术含量不高的项目让渡给符合条件的中小企业;对一定额度以下的采购项目,应按规定给予中小企业价格优惠,完善政府公共服务外包制度,为中小企业创造更多的参与机会。

三、实现政府采购政策的具体措施

1. 针对性地制定相应标准

确定采购需求时,在采购文件、程序规则中有针对性地制定相应标准,在满足采购需求的前提下,合格即可采购其产品。通过对采购需求的说明和论证,将有效实现政策功能与采购需求相关联。

2. 预留采购份额

在实施采购中,预留采购份额直接或以优惠条件向特定供应商采购,以支持和促进该类企业通过政府采购市场得到扶持和发展。

3. 优惠评标

通过相关政策文件规定,特定供应商如果参与投标,对其投标报价在评标时予以优惠,即用扣除一定比例的折扣参与评标。目前有关政策文件有《政府采购促进中小企业发展暂行办法》(财库〔2011〕88号)、《关于政府采购支持监狱企业发展的通知》(财库〔2014〕68号),对中小微企业、监狱企业投标商评标优惠做出具体规定,以保证国家政策目标的实现。

4. 优先向特定供应商采购

在法定采购方式中优先向特定供应商采购。主要指对新技术产品(节能、绿色产品)实现推荐清单制度。2004年至2006年,国家有关部门先后颁发了《节能产品政府采购实施意见》(财库〔2004〕185号)、《关于环境标志政府采购实施的意见》(财库〔2006〕90号)。文件规定,“在政府采购确定采购需求时,采购文件应当优先采购上述文件目录内产品,未按规定采购的财政可以拒付采购资金。”

【案例 1-6】

关于印发《政府采购促进中小企业发展暂行办法》的通知^①

【财库〔2011〕181号】

党中央有关部门,国务院各部委、各直属机构,全国人大常委会办公厅,全国政协办公厅,高法院,高检院,有关人民团体,各省、自治区、直辖市、计划单列市财政厅(局)、工业和信息化主管部门,新疆生产建设兵团财务局、工业和信息化主管部门:

为贯彻落实《国务院关于进一步促进中小企业发展的若干意见》(国发〔2009〕36号),发挥政府采购的政策功能,促进中小企业发展,根据《中华人民共和国政府采购法》和《中华人

^① 关于印发《政府采购促进中小企业发展暂行办法》的通知(财库〔2011〕181号),财政部网站 <http://www.mof.gov.cn>.

民共和国中小企业促进法》，财政部、工业和信息化部制定了《政府采购促进中小企业发展暂行办法》。现印发给你们，请遵照执行。

附件：政府采购促进中小企业发展暂行办法

财政部
工业和信息化部
二〇一一年十二月二十九日

附件：

《政府采购促进中小企业发展暂行办法》

第一条 为了发挥政府采购的政策功能，促进符合国家经济和社会发展政策目标，产品、服务、信誉较好的中小企业发展，根据《中华人民共和国政府采购法》、《中华人民共和国中小企业促进法》等有关法律法规，制定本办法。

第二条 本办法所称中小企业（含中型、小型、微型企业，下同）应当同时符合以下条件：

（一）符合中小企业划分标准；

（二）提供本企业制造的货物、承担的工程或者服务，或者提供其他中小企业制造的货物。本项所称货物不包括使用大型企业注册商标的货物。

本办法所称中小企业划分标准，是指国务院有关部门根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标制定的中小企业划型标准。

小型、微型企业提供中型企业制造的货物的，视同为中型企业。

第三条 任何单位和个人不得阻挠和限制中小企业自由进入本地区和本行业的政府采购市场，政府采购活动不得以注册资本金、资产总额、营业收入、从业人员、利润、纳税额等供应商的规模条件对中小企业实行差别待遇或者歧视待遇。

第四条 负有编制部门预算职责的各部门（以下简称各部门），应当加强政府采购计划的编制工作，制定向中小企业采购的具体方案，统筹确定本部门（含所属各单位，下同）面向中小企业采购的项目。在满足机构自身运转和提供公共服务基本需求的前提下，应当预留本部门年度政府采购项目预算总额的30%以上，专门面向中小企业采购，其中，预留给小型和微型企业的比例不低于60%。

采购人或者采购代理机构在组织采购活动时，应当在招标文件或谈判文件、询价文件中注明该项目专门面向中小企业或小型、微型企业采购。

第五条 对于非专门面向中小企业的项目，采购人或者采购代理机构应当在招标文件或者谈判文件、询价文件中做出规定，对小型和微型企业产品的价格给予6%~10%的扣除，用扣除后的价格参与评审，具体扣除比例由采购人或者采购代理机构确定。

参加政府采购活动的中小企业应当提供本办法规定的《中小企业声明函》（见附件）。

第六条 鼓励大中型企业和其他自然人、法人或者其他组织与小型、微型企业组成联合体共同参加非专门面向中小企业的政府采购活动。联合协议中约定，小型、微型企业的协议合同金额占到联合体协议合同总金额30%以上的，可给予联合体2%~3%的价格扣除。

联合体各方均为小型、微型企业的，联合体视同为小型、微型企业享受本办法第四条、第五条规定的扶持政策。

组成联合体的大中型企业和其他自然人、法人或者其他组织，与小型、微型企业之间不得存在投资关系。

第七条 中小企业依据本办法第四条、第五条、第六条规定的政策获取政府采购合同后，小型、微型企业不得分包或转包给大型、中型企业，中型企业不得分包或转包给大型企业。

第八条 鼓励采购人允许获得政府采购合同的大型企业依法向中小企业分包。

大型企业向中小企业分包的金额，计入面向中小企业采购的统计数额。

第九条 鼓励采购人在与中小企业签订政府采购合同时，在履约保证金、付款期限、付款方式等方面给予中小企业适当支持。采购人应当按照合同约定按时足额支付采购资金。

第十条 鼓励在政府采购活动中引入信用担保手段，为中小企业在融资、投标保证金、履约保证等方面提供专业化的担保服务。

第十一条 各级财政部门 and 有关部门应当加大对中小企业参与政府采购的培训指导及专业化咨询服务力度，提高中小企业参与政府采购活动的能力。

第十二条 各部门应当每年第一季度向同级财政部门报告本部门上一年度面向中小企业采购的具体情况，并在财政部指定的政府采购发布媒体公开预留项目执行情况以及本部门其他项目面向中小企业采购的情况。

第十三条 各级财政部门应当积极推进政府采购信息化建设，提高政府采购信息发布透明度，提供便于中小企业获取政府采购信息的稳定渠道。

第十四条 各级财政部门会同中小企业主管部门建立健全政府采购促进中小企业发展的有关制度，加强有关政策执行情况的监督检查。

各部门负责对本部门政府采购促进中小企业发展各项工作的执行和管理。

第十五条 政府采购监督检查和投诉处理中对中小企业的认定，由企业所在地的县级以上中小企业主管部门负责。

第十六条 采购人、采购代理机构或者中小企业在政府采购活动中有违法违规行为的，依照政府采购法及有关法律法规处理。

第十七条 本办法由财政部、工业和信息化部负责解释。

第十八条 本办法自 2012 年 1 月 1 日起施行。

附：中小企业声明函

附：

中小企业声明函

本公司郑重声明，根据《政府采购促进中小企业发展暂行办法》（财库〔2011〕181 号）的规定，本公司为_____（请填写：中型、小型、微型）企业。即，本公司同时满足以下条件：

1. 根据《工业和信息化部、国家统计局、国家发展和改革委员会、财政部关于印发中小企业划型标准规定的通知》（工信部联企业〔2011〕300 号）规定的划分标准，本公司为_____（请填写：中型、小型、微型）企业。

2. 本公司参加_____单位的_____项目采购活动提供本企业制造的货物，由本企业承担工程、提供服务，或者提供其他_____（请填写：中型、小型、微型）企业制造的货物。本条所称货物不包括使用大型企业注册商标的货物。

本公司对上述声明的真实性负责。如有虚假，将依法承担相应责任。

企业名称（盖章）：

日 期：

第七条 政府采购工程的法律适用

第七条 政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务，采用招标方式采购的，适用《中华人民共和国招标投标法》及其实施条例；采用其他方式采购的，适用政府采购法及本条例。

前款所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等；所称与工程建设有关的货物，是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等；所称与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务，应当执行政府采购政策。

【条文释义】

《政府采购法》第四条规定：“政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。”但是在政府采购中，由于对工程以及和工程有关的货物和服务的定义没有具体的法定解释，《政府采购法》和《招标投标法》在一些具体采购活动中仍有交集而且界线模糊，如在使用财政性资金的工程建设项目中，电梯、空调、局域网硬件和软件的法律适用如何确定，就是一个问题。因此在《条例》中对工程建设项目进行严格定义的同时，本条对工程以及和工程有关的货物和服务也做了严格的定义。

一、政府采购工程的法律适用

（一）政府采购工程适用《招标投标法》及其《条例》

本条第一款依据上位法的规定，重申了政府采购采用招标的方式采购工程以及与工程有关的货物、服务时，适用《招标投标法》及其《条例》，这其中包括程序管理、结果管理和投诉管理等行政监督管理的全过程。而且《招标投标法实施条例》（以下简称《招标条例》）还对有关的财政部门的预算执行情况和政府采购政策执行情况实施有效的监督管理做出了补充规定，且还规定了例外条款：“政府采购的法律、法规对政府采购货物和服务的招标投标另有规定的，从其规定。”

为了防止歧义，该条第一款用不同的采购方式对政府采购工程的法律适用做了准确切割：采用招标采购方式的，适用《招标投标法》及其《招标条例》，包括和工程有关的货物和服务；采用其他采购方式的，适用《政府采购法》及本《条例》。

由于《招标投标法》规定的强制招标范围有一定的数额标准限制，但是其数额标准的限下有较大的管制空间。依据政府简政放权的总体思路，法律关于强制招标的规模将进一步缩小。因此，《征求意见稿》第八条将强制招标项目起点数额标准相应提高了1倍，即将工程施工招标起点由200万元调整为400万元，将工程货物招标起点由100万元调整为200万元，将工程服务招标起点由50万元以上调整为100万元。显然对于政府采购工程项目的非招标采购方式应当进行规范。

（二）容易产生混淆和歧义的关键概念

1. 工程的概念

依据《建设工程质量管理条例》和《建设工程安全生产管理条例》的定义，在实践中建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。

为了维护国家法规制度的一致性，2012 年颁布的《招标条例》对工程做了和《政府采购法》基本一致的定义，即工程是指建筑物、构筑物的新建、改建、扩建及其相关装修、拆除、修缮，《招标投标法》针对工程及其与工程有关的货物和服务统称之为“工程建设项目”。

2. 与工程建设有关的货物、服务

本《条例》规定，与工程有关的货物是指与工程不可分割且实现其基本功能所必需的设备、材料等。这里的“不可分割”和“基本功能”不能做割裂解读，前者表示和工程的紧密度，后者表示和工程的满足度，紧密度应当以满足度为基础。因此，两者的连接词用“且”而不是“和”。有专家用物理的状态解读“不可分割”。如体育馆的观众席座椅固定在场地上属于工程有关的货物，贵宾间的沙发可以移动属于可以分割的货物；有专家强调有关的满足度仅限于“基本功能”，不包括“附属功能”，这种“精密”的解读有时也难以判定。如监狱的若干计算机，有些是办公用的，有些是监视用的，这里哪台计算机是基本功能，哪台计算机是附属功能，还是存在困惑。其实，在实践中这种法律适用的选择非常简单，所谓与工程不可分割且实现其基本功能所必需的设备、材料等就是指工程设计图纸中所包含的所有设备、材料等，所有工程设计图纸都包含建筑图纸、结构图纸和设备图纸或清单，设计图纸范围内货物、材料就是《招标投标法》规范的货物的范畴。上述案例中的沙发、计算机如果列入工程项目的设备清单，依照《招标投标法》的规定执行，反之，如果主体、资金适格，适用《政府采购法》。

应当指出的是，本次颁布的《条例》第七条第二款同《政府采购法》第二条第六款的规定相比，在工程主体的新建、改建、扩建后增加了“及其相关的”5 个字对装修、拆除、修缮做了限制性表述，实际上缩小了工程的范围，这与《招标条例》第二条第二项的表述相同，即同新建、改建、扩建无关的装修、拆除和修缮，排除了《招标投标法》对该项活动的管辖而适用《政府采购法》，不属于《招标投标法》第三条规定的强制招标的法定范围。如本章【案例 1-3】《中央预算单位 2015—2016 年政府集中采购目录及标准》附表中的装修工程、拆除工程、修缮工程指中央国家机关各部门及其在京所属各级行政事业单位使用财政性资金投资预算在 60 万元以上，与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的单独的装修、拆除、修缮工程。该类项目未达到政府采购公开招标限额时，采用《政府采购法》规定的非招标方式采购；但是该类项目达到公开招标限额时，依照《招标投标法》第二条规定：“在中华人民共和国境内进行招标投标活动适用本法”，该类项目也适用《招标投标法》。其具体法律适用详见本条释义第二款第（二）项的相关案例解读。

在工程建设项目领域，所谓服务是指勘察、设计、监理等。其中的“等”是为低阶法规立法预留的空间，在没有相关法律明确规定的情况下，任何单位和个人不能随意解释，如安全评价、环境评价不属于《招标投标法》规范的依法必须招标的服务项目，但是地方政府采购目录内对此有规定，该类项目应纳入《政府采购法》予以规制。

（三）对实行招投标的政府采购工程建设项目预算及政策的执行情况的监督

《条例》第四条第三款规定，财政部门依法对实行招投标的政府采购工程建设项目的预算执行情况和政府采购政策执行情况实施监督。

1. 预算执行工作的内容

根据《预算法》第四十三条规定：“各级预算由本级政府组织执行，具体工作由本级政府财政部门负责。”

《预算法实施条例》第三十三条对预算执行工作的内容做了进一步细化：一是研究落实财政税收政策的措施，支持经济和社会的健康发展；二是制定组织预算收入和管理预算支出的制度和办法；三是督促各预算收入征收部门、各预算缴款单位完成预算收入任务；四是根据年度支出预算和季度用款计划，合理调度、拨付预算资金，监督检查各部门、各单位管好、用好预算资金，节减开支，提高效率；五是指导和监督各部门、各单位建立健全财务制度和会计核算体系，按照规定使用预算资金；六是编报、汇总分期的预算收支执行数字，分析预算收支执行情况，定期向本级政府和上一级政府财政部门报告预算执行情况，并提出增收节支的建议；七是协调预算收入征收部门、国库和其他有关部门的业务工作。财政部门应当根据上述规定，履行预算执行监督职责。

2. 政府采购政策的内容

《政府采购法》第九条规定，政府采购应当有助于实现国家的经济和社会发展政策目标，包括保护环境，扶持不发达地区和少数民族地区，促进中小企业发展等。根据这一规定，国务院及其有关部门在其制定的文件中，广泛运用政府采购政策这一工具来实现支持中小企业、节能环保、促进民族地区发展等目标。

基于上述规定，政府采购工程项目在项目管理方面应当接受工程主管部门的管理和监督，财政部门在上述两个方面应当依法监督。

二、政府采购工程的法律适用的实践

（一）政府采购工程的双重法律规制

当下列条件同时具备时，采购工程受到《招标投标法》和《政府采购法》的双重管辖。

	条 件	内 容
1	项目属性	工程建设项目：建筑物、构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮
2	采购主体	国家机关、事业单位、社会团体
3	资金来源	财政性资金
4	采购方式	招标方式
5	项目类别	依法必须招标的范围和规模，集中采购目录以内或目录外限额上

（二）针对上述情况应当区别情况分别处理

实践中，政府采购范围的管制首先应识别采购项目是否属于目录内项目，若属目录内项目，依法进入相关政府采购中心集中采购，采购方式依照地方财政部门核准方式或目录项下的规定方式进行；若属目录外项目，依照政府采购管理限额上下，分别处理：限额下，不属于政府采购管理；限额上，纳入政府采购管理，其中达到公开招标限额标准的，应当公开招标采购。

地方财政部门制定的应当公开招标的限额标准分为两类：

（1）政府采购工程公开招标数额标准按照国务院有关规定执行。

如中央预算单位制定的标准，即政府采购工程公开招标数额要与《招标投标法》依法必须招标的规模标准一致，目前的限额标准是 200 万人民币。具体分为以下 4 种情形：

① 属于政府采购目录外限额下（中央预算单位 60 万）的工程项目。

案例：北京某国立大学采购校园零星工程维修服务，预算金额 55 万，如何适用法律？

参考答案：该项目属于目录外限额下的工程项目，不属于政府采购管理范围，但其采购方式依据本《条例》第二十五条的规定，可采用竞争性谈判或单一来源采购；采购组织形式法律没有规定，可以自行采购，也可以委托采购。

② 属于政府采购目录内的工程项目。

案例：北京某国立大学校内道路维修，预算资金为 80 万元，如何适用法律？

参考答案：该项目属于京内单位政府采购目录内和新建、改建、扩建无关的修缮工程，适用《政府采购法》及其《条例》，应委托相关集中采购中心采购，采购方式执行《条例》第二十五条的规定，可采用竞争性谈判或单一来源采购方式。

③ 属于政府采购目录外限额上工程项目。

案例：北京某国立大学暑假为学生扩建学生食堂并装修，预算金额为 210 万元，如采用招标方式，如何适用法律？

参考答案：该项目属于《条例》规定的与建筑物扩建有关的修缮“工程”项目，是目录外限额上并且达到《招标投标法》规定的依法必须招标的工程项目，依据《政府采购法》第四条的规定，项目适用《招标投标法》，按照国有资金占控股或主导地位的依法必须招标的项目严格管制。其招标程序依照《招标投标法》及其 30 号令的规定执行，由工程行政监督部门实行程序监督，财政部门对其执行预算和社会政策目标进行监督。

④ 属于目录内限额上和新建、改建、扩建无关的装修、拆除、修缮工程。

一般情况，该类项目数额不会超过公开招标的数额标准，采用非招标方式采购，其法律适用的尴尬不会显现；但是如果达到并超过公开招标的限额，就会遇到法律适用的障碍。

案例：北京某国立大学暑假对全校学生宿舍墙壁粉刷，项目预算为 220 万元，如何适用法律？

该项目是与建筑物、构筑物新建、改建、扩建无关的修缮工程，达到公开招标的标准应当公开招标。其法律适用《政府采购法》，即该工程的行政监督部门是财政部门，包括对其执行预算和社会政策目标进行监督。

该类项目执行公开招标程序遇到法律适用的困惑表现如下：

A. 针对招标投标活动，《政府采购法》是《招标投标法》的特别法。《政府采购法》和《招标投标法》就同一问题有不同规定的，应当执行《政府采购法》。因此，《招标条例》第八十四条规定：“政府采购的法律、法规对政府采购货物、服务的招标投标另有规定的，从其规定。”但是政府采购对工程招标没有特别规定。因此，该项目达到政府采购公开招标的限额标准，应当公开招标；虽然本《条例》第七条规定这类新建、改建、扩建无关的独立工程不属于依法必须招标的范围，但在政府采购法规中无法可依，还须执行《招标投标法》的相关规定。

B. 《招标投标法》对三个类别区别规定分类管理。该项目在招标投标法规定的“一般招标投标活动”、“依法必须招标的项目”、“国有资金依法必须招标”的三类项目中应当依照哪一类进行管理和监督。

依据本《条例》第七条的规定，该项目和新建、改建、扩建无关，不属于《招标投标法》第三条规定的强制招标的项目范围。那么如果按照一般招标投标活动的类别管理，管制则相对宽泛，如评标专家依法组建即可，没有对专家的结构成分、资格条件、组建方式、回避要求等做出约束规定。显然这样做不符合对国有资金严格管理立法意图。

实践中有两种解决办法。一是虽然法律适用尴尬，但是仍然按照国有资金依法必须招标的工程项目执行相关程序；二是依据具体项目成本分析判定该“工程”项目是否可依照货物或服务采购项目执行招标程序，如本案粉刷墙壁，刷墙的材料费用占成本 30%，主要是人工劳务费，

该项目可按照政府采购服务类项目管理；有些类似“工程”如某装修工程实际是安装空调，可依照政府采购货物项目管理。两者均应执行《政府采购法》及其 18 号令的规定。

(2) 地方政府采购工程公开招标数额低于招标投标法规定的标准。

如广州市制定的政府采购工程公开招标的限额标准是 100 万元（《招标投标法》规定工程建设项目强制招标的规模标准目前是 200 万元）。

在该类情形中除了第一类情形的 4 种情况外，主要是对超过地方公开招标标准限额但低于《招标投标法》规定的标准限额的法律适用需要精准把握。

① 案例：广东省某医院扩建射线医疗大楼的装修工程预算金额为 160 万元，超过了地方政府公开招标限额标准，其采购方式为何且如何适用法律？

参考答案：该项目属于扩建有关的工程项目，应当公开招标；但是没有达到《招标投标法》规定的依法必须招标的限额标准。如果说，学生宿舍粉刷项目不属于《招标投标法》规范的强制招标的范围，该项目则是没有达到《招标投标法》强制招标的规模，都存在招标投标程序分类管理法律适用问题。

如该项目在执行《招标投标法》中关于强制招标项目的相关规定，显然不符合政府采购应当严格管制的立法意图。因此，实践中还须视为国有资金依法必须招标的项目执行。

② 案例：广州某国立大学对图书馆局部维修，预算金额 120 万元，如何适用法律？

参考答案：该项目属于政府采购且与建筑物新建、改建、扩建无关的修缮工程，其项目范围不属于《招标投标法》第三条规范的强制招标的范围，也没有达到《招标投标法》规范的强制招标的规模，其招标程序管理同样遇到案例④遇到的问题，应当按照其解决办法执行。

上述①、②两项的法律适用是《政府采购法》，由财政部门对项目予以监管。

【案例 1-7】

中华人民共和国财政部政府采购信息公告^①

(第 261 号)

根据《政府采购信息公告管理办法》(财政部令第 19 号)的相关规定，现将本机关对“国家知识产权局专利局更新局锅炉房溴化锂制冷机组”采购项目(招标编号：GC-HG140732)投诉案做出处理决定公告如下。

一、相关当事人名称

投诉人：北京君×达制冷技术有限公司

地 址：北京市丰台区和义西里一区×号楼底商 06

被投诉人：国家知识产权局××局

地 址：北京市海淀区蓟门桥西土城路×号

被投诉人：××政府采购中心

地 址：北京市西城区西直门内大街西章胡同×号院

相关供应商：天津市万×化工有限公司

地 址：天津市河北区胜利路北岸华庭×号楼×门×号

① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第 261 号，财政部网站 <http://www.mof.gov.cn>。

二、基本情况

投诉人对被投诉人做出的质疑答复不满，向本机关提起投诉。投诉事项为：本项目应属于工程招标，不属于货物招标。本机关依法受理，于 2015 年 3 月 11 日做出了投诉处理决定。

三、处理结果

经审查，本机关做出处理决定如下：

关于投诉事项，根据《中华人民共和国招标投标法实施条例》第二条的规定，工程建设货物是指构成工程不可分割的组成部分；《中华人民共和国政府采购法实施条例》第 7 条对工程建设货物做了相同的规定。本项目的采购需求是两台直燃式溴化锂吸收方式制冷机组，虽有部分安装成本安排，但不是构成工程不可分割的组成部分。因此，本项目不属于工程招标，属于货物招标，应适用货物招标的相关规定。

根据《政府采购供应商投诉处理办法》（财政部令第 20 号）第 17 条第 2 项的规定，投诉事项缺乏事实依据，驳回投诉。

2015 年 4 月 24 日

【法理分析】

按照《政府采购法》第二条第二款的规定，政府采购是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。因此，政府采购符合法定条件的工程以及与工程建设有关的货物、服务同样属于政府采购的范围，但已经颁布实施的《招标投标法》以及《实施条例》又对工程按照招标方式采购做出了具体的规定，所以，光从法条的规定上可以看出，政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务将会受到《招标投标法》及《条例》和《政府采购法》及《条例》的双重约束。为了避免政府采购工程采用招标方式在适用法律时发生矛盾和不衔接，因此，本条例对此进行了特别的规定。

简而言之，政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务包括：

（1）达到国务院规定的招标限额以上的，采用招标方式采购的，应当适用《招标投标法》及《条例》；

（2）根据本《条例》第二十五条的规定，政府采购工程不进行招标的，按照《政府采购法》及《条例》的相关规定，可以采用竞争性谈判或者单一来源采购方式采购；

（3）不管政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务是否采用招标方式采购或者采用其他法定的方式采购，不管适用的是《招标投标法》及《条例》，还是《政府采购法》及《条例》，都应当执行政府采购政策。

所谓的与工程建设项目有关的货物、服务，根据本《条例》第七条第二款的相关规定，与工程建设有关的货物，是指构成工程不可分割的组成部分，且为实现工程基本功能所必需的的设备、材料等；与工程建设有关的服务，是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务。

因此，在本案当中，有关机关做出的处理决定如下：本项目的采购需求是两台直燃式溴化锂吸收方式制冷机组，虽有部分安装成本安排，但不是构成工程不可分割的组成部分。因此，本项目不属于工程招标，属于货物招标，应适用货物招标的相关规定。

由于需采购的直燃式溴化锂吸收方式制冷机组并不是工程建设不可分割的组成部分，即使采用招标的方式进行采购，也不符合与工程建设有关的货物的法定条件，因此，此部分的采购不能适用《招标投标法》及《条例》，而应将其视为普通的采购货物，应当适用《政府采购法》

及《条例》的相关规定。

第八条 政府采购项目信息公开

第八条 政府采购项目信息应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。采购项目预算金额达到国务院财政部门规定标准的,政府采购项目信息应当在国务院财政部门指定的媒体上发布。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》项目信息公告的行政监督主体和指定媒体的补充规定。

一、体现公正透明的原则

政府采购信息,是指规范政府采购活动的法律、法规、规章和其他规范性文件,以及反映政府采购活动状况的数据和资料的总称。具体而言,是指与政府采购活动有关的全部规定、决定、公告等信息,包括有关政府采购的法律、法规、政策,招标公告及各类采购方式的中标公告,供应商资格预审条件,投诉处理决定,司法裁决决定,统计资料等。

政府采购项目信息公开是保证政府采购工作公正透明的基本要求。政府采购工作要做到公正透明,首先就要做到政府采购项目信息完全公开,但涉及商业秘密的除外,社会公众在同一时间内获得同样的信息内容,这不仅有助于让社会普通公众了解政府的采购活动,包括采购预算、采购计划、采购过程和采购结果等,保证公众的知情权,也有助于接受社会公众的监督,同时也便于潜在供应商和参加政府采购活动的当事人全面了解采购活动的动态、及时掌握商机,避免为获得政府采购的信息而投入过多的人力、物力和财力。

二、政府采购项目信息发布的行政监督主体

《政府采购法》原则性的规定了政府采购信息发布管理的职能部门,《条例》细化监管部门是省级以上财政部门,这里既规定了政府部门的行政级别,又明确了具体的责任部门。

之所以明确省级以上部门是考虑到信息的广泛性,最大程度的公开性,以方便社会监督;在政府采购管理中,政府有关部门分段执法,如发改委负责项目立项审批、环保部门对项目环境监督管理等,鉴于财政部门是国家财政的职能部门,因此,关于政府采购项目信息发布的管理应当由财政部门监督管理。

三、政府采购项目信息发布的渠道

1. 信息披露是政府对微观经济管理的重要手段

本条规定明确了两类项目的指定渠道,一是包括县级、地级市和省行政区域的政府采购项目信息必须在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布;二是采购项目预算金额达到国务院财政部门规定标准的,政府采购信息应当在国务院财政部门指定的媒体上发布。

2. 最大限度地公开政府采购信息

此种“阳光政策”既方便政府采购的交易双方,亦方便全社会监督。省级以上人民政府指定的媒体,一方面是使政府采购项目信息披露具有一定的权威性;另一方面是信息载体相对集中,便于社会各界对政府采购项目信息做到及时掌握和了解。目前,财政部指定的政府采购信

息发布媒体包括中国政府采购网（www.ccgp.gov.cn）、《中国财经报》（《中国政府采购报》）《中国政府采购杂志》《中国财政杂志》等。省级财政部门应当将中国政府采购网地方分网作为本地区指定的政府采购信息发布媒体之一。

【案例 1-8】

中华人民共和国财政部政府采购信息公告^①

（第 174 号）

根据《政府采购信息公告管理办法》（财政部令第 19 号）的相关规定，现将本机关对 × × 国际招标公司做出的监督检查处理决定公告如下：

一、相关当事人名称

当事人：××国际招标公司

地 址：北京市××区×××路×××号（园区）

二、基本情况

2014 年 3 月至 8 月，本机关依法实施了“2014 年度政府采购甲级代理机构专项检查”。检查发现，× × 国际招标公司代理的政府采购项目，存在政府采购信息公告内容不完整、招标公告与招标文件内容不一致等问题。

三、处理结果

本机关做出处理决定如下：根据《政府采购信息公告管理办法》（财政部令第 19 号）第 16 条的规定，对××国际招标公司做出责令整改的处理。

2014 年 12 月 5 日

【法理分析】

《政府采购法》第三条规定：“政府采购应当遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则。”因此，公开透明是政府采购的基本原则之一，要提高政府采购的透明性，将政府采购项目信息进行公开是必要手段，《政府采购法》第十一条规定“政府采购的信息应当在政府采购监督管理部门指定的媒体上及时向社会公开发布，但涉及商业秘密的除外。”《条例》补充了公开程序，采购项目信息公开媒体分为两种情况：其一，一般情况：省级以上人民政府财政部门指定的媒体上；其二，采购项目预算金额达到国务院财政部门规定标准的：国务院财政部门指定的媒体上。

在本公告当中，××国际招标公司代理的政府采购项目，虽然在指定的媒体上发布了采购项目信息公告，但存在政府采购信息公告内容不完整的问题。政府采购项目信息法定公告，其目的就是想让潜在的供应商及时全面的获取到采购项目信息，准确完整的制作响应文件，若是公开的项目信息不完全、不完整，会给潜在供应商造成误解和混乱，进而影响整个采购过程的顺利进行。

第九条 政府采购回避制度

第九条 在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有下列利害关系之一的，应当回避：

^① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第 174 号，财政部网站，<http://www.mof.gov.cn>。

- (一) 参加采购活动前 3 年内与供应商存在劳动关系;
- (二) 参加采购活动前 3 年内担任供应商的董事、监事;
- (三) 参加采购活动前 3 年内是供应商的控股股东或者实际控制人;
- (四) 与供应商的法定代表人或者负责人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲或者近姻亲关系;
- (五) 与供应商有其他可能影响政府采购活动公平、公正进行的关系。

供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的,可以向采购人或者采购代理机构书面提出回避申请,并说明理由。采购人或者采购代理机构应当及时询问被申请回避人员,有利害关系的被申请回避人员应当回避。

【条文释义】

《政府采购法》第十二条规定了在政府采购活动中,采购人员及相关人员与供应商有利害关系的必须回避的义务和供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的可以申请其回避的权利。该条第二款对相关人员做了规定:“前款所称相关人员,包括招标采购中评标委员会的组成人员,竞争性谈判采购中谈判小组的组成人员,询价采购中询价小组的组成人员等。”

《条例》第一款对法律规定的利害关系的事实认定做了严格界定,第二款在重申供应商依法可以提出申请回避的同时,补充了采购人或者代理机构应当及时主动询问被申请回避人员,有利害关系的应当回避的义务。

一、建立政府采购回避制度

1. 私权秩序是抵制公权力滥用的最后一道防线

法律观念有公法观念、公权观念与私法观念、私权观念。中国长期以来“重刑轻民”的法律传统,造成私权观念的相对缺失。故而要想在政府采购过程中摆正公权力和私权利间的关系,理解公法私权的核心所在,除了完善私法规范来保障政府采购过程中私权的存在和行使外,还应强化私权利为抵制公权力滥用的底线的观念,即所谓将公权力关进笼子里。

在政府采购活动中,由于政府采购人员属于公法人的工作人员,其本身具有的行政权力自然非常容易对采购商品的公平交易产生设租或寻租方面的干扰。因此,建立政府采购回避制度在所必然。

2. 政府采购回避的对象扩大到所有利害关系人

正是由于政府采购回避的对象扩大到了所有利害关系人,因此,相对于招标投标活动,政府采购回避制度会更加严格。招标投标制度仅对评标专家设立了回避制度,而政府采购回避的对象则扩大到所有利害关系人。在实践中,具有决策权的工作人员可以利用种种方式来影响关于招标采购活动,以不正当方式获得采购合同。因此,为了维护政府采购活动的公正性、合法性,需要建立严格的政府采购回避制度,以净化交易环境,维护市场交易秩序。

二、政府采购中应回避事实的认定

1. 相关人员和供应商前 3 年内有劳动关系

若正确适用《劳动法》,必先准确厘定其适用对象,即正确判定劳动关系。劳动关系之判定及其标准之选择成为当代劳动法学研究和劳动法制建设的基础性、前提性课题。确定劳动关

系判定标准的必要前提是要廓清劳动关系与其他社会关系的界限。在我国，大多认为，劳动关系与其他类似关系的区分应采取“三分法”，即劳动关系、劳务关系及雇佣关系这三种关系分别由劳动契约、劳务契约与雇佣契约所承载。我国的《劳动法》和《劳动合同法》规定都过于笼统，均未指明劳动关系的具体含义与判定标准，在这里只是简单的定义一下：所谓劳动关系是指，劳动者与用人单位通过签订劳动合同，确定自身的权利义务所形成的一种法律关系，具有相对固定的利害关系，包括单位为其缴纳“三险一金”的等。

2. 相关人员前3年内担任供应商监事或董事

根据《公司法》第五十二条“有限责任公司设监事会，其成员不得少于三人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一至二名监事，不设监事会。”第一百一十八条“股份有限公司设监事会，其成员不得少于三人。”在我国，监事是由股东会或者股东大会选举产生，在公司内部，普遍设有监事会来监督股东、经理的行为，防止有侵害公司利益的行为发生。

根据《公司法》第四十四条“有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人。”第五十条“股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。”在我国，董事是由股东会或者股东大会选举产生，公司内部往往设有董事会来负责公司的相关经营活动。监事、董事都属于公司的高级管理人员，其担任高管期间建立的人脉和其他关系在很大程度上会影响采购活动的公正、公平性。

3. 相关人员前3年内是供应商的控股股东或实际控制人

根据《公司法》第二百一十六条第二款、第三款的规定“控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。”

实际控制人，是指“虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。”控股股东和实际控制人都与企业有着密切的利益关系。

4. 相关人员和供应商的法定代表人或者负责人有血情和三代近姻情关系

(1)《婚姻法》对此有相关的解释说明。血亲包括直系血亲和旁系血亲，直系血亲顾名思义，有直接血缘关系的亲属；三代以内旁系血亲，三代以内未有直接血缘关系的亲属，如叔伯等。近姻亲关系，是指以婚姻为媒介缔结的亲属关系。

(2)法定代表人。简单来说就是对外代表法人行使权利、履行义务的责任人。

5. 有关政府采购回避的兜底条款

构成应当回避的事由都是由于其身份参与政府采购活动对政府采购活动的公平、公正产生影响，其中第一、第二、第三项有关情形3年的限制考虑到利益关系的“折旧”和淡化。这都是为低阶法规立法预留的空间。

三、供应商申请回避的权利和申请程序

本条第二款规定了回避的程序。首先，法律赋予供应商认定相关人员有利害关系的权利和程序，供应商应当提出回避申请并说明理由，受理的主体是采购人和代理机构；其次，法律同时规定了采购人和代理机构应及时向被申请回避的人员落实事由的义务，如情况属实，被申请的回避人员应当回避。

本条款充分保证了供应商的合法权益，保证了政府采购活动当事人资格的合法正当性。

【案例 1-9】

财政部副部长刘昆解读政府采购法实施条例^①

【媒体报道】

建立了采购回避制度，杜绝“暗箱操作”。

长期以来，采购人员与供应商存在亲戚、朋友或者同学关系，容易有暗箱操作。

针对上述情况，刘昆说，由于政府采购涉及多方经济利益，为保证政府采购交易过程和交易结果的公平和公正，充分保护政府采购当事人的合法权益，《政府采购法》第十二条建立了政府采购回避制度。

刘昆介绍，实施条例对政府采购回避制度进行了细化，明确政府采购活动中“利害关系”的外延，增强回避制度的可操作性。

“实施条例在确定‘利害关系’为回避前提条件下，进一步详细列举了回避的具体情形，包括参加采购活动前 3 年内与供应商存在劳动关系，参加采购活动前 3 年内担任供应商的董事、监事，参加采购活动前 3 年内是供应商的控股股东或者实际控制人，与供应商的法定代表人或者负责人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲或者近姻亲关系等。对于朋友、同学等关系，不是一律必须回避，而是要看是否可能影响政府采购活动公平、公正进行。”此外，针对供应商之间，以及采购人、采购代理机构与供应商之间虽然没有利害关系，也存在恶意串通的可能，刘昆表示，实施条例列举了恶意串通的 7 种表现形式，为认定查处串通行为提供了法律依据。

【法理研究】

回避制度是在我国诉讼中普遍运用的一项制度，是保证整个诉讼过程公正、公平、透明的基本制度之一，包括刑事诉讼、行政诉讼和民事诉讼。回避一般分为申请回避、自行回避和指令回避三种方式，不同的回避方式做出回避决定的主体也各不相同。回避制度的适用主体主要是审判人员、行政人员、检察人员。应当回避的情形一般均须法定，因此，适用回避制度也会受到严格的限制。

此次将回避制度加入到了政府采购中，明确了五种具体的采购人及其相关人员应当回避的法定情形，能够有效地规避暗箱操作，大大提升了整个政府采购活动的透明度，并与第八章第七十条规定的采购人员应当回避而不回避应承担的法律责任相衔接，实现了本《条例》的完整化和整体性。

第十条 政府采购的电子化发展

第十条 国家实行统一的政府采购电子交易平台建设标准，推动利用信息网络进行电子化政府采购活动。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》的补充规定，是适应电商和平台经济发展补充的重要条款。

^① 财政部副部长刘昆解读政府采购法实施条例. 新华网 <http://www.xinhuanet.com>.

一、推动政府采购活动电子化的必要性

电子招标采购属于电子商务的一种形式，电子商务需要相应的平台实现其特定功能，并在市场力量的推动下膨胀为平台经济体。平台经济的规模和水平显现信息化社会形态的成熟度。随着现代网络技术发展势头的迅猛，政府采购活动顺应社会发展趋势，积极推动电子招标采购交易方式的发展，以实现采购活动的方便化、快捷化。

政府采购电子化的作用表现在以下方面：

(1) 方便、便捷，提高采购效率，减少采购成本。

有效解决目前“一单一采”难以形成规模的问题，从而确保政府采购各项政策的实现。

(2) 电子化可以满足政府采购公开、透明的需要。

电子化可以让与采购活动有关的各方当事人在同一网络平台上进行操作，实现公开、公平、公正的交易；接受全社会的监督，通过自律促进廉政建设。诚信是电商赖以生存的基石，政府采购电子化的推进对于建立全社会诚信体制有重要的示范意义和净化作用。

(3) 电子化可以有效地降低监督成本，包括监督的直接和间接成本。

信息化建设作为政府采购制度健康发展的助推器，在落实科学发展观的进程中，要在采购行为规范化、采购管理精细化、采购监督科学化、提高其应用水平上多下工夫，通过信息化手段促进管理手段与操作理念的变革，对采购业务中产生的数据完整记录，充分挖掘，为领导层做决策提供完整、实时的统计数据。

二、实现政府采购电子化的途径

1. 政府采购交易平台的标准须统一

为实现政府采购电子化，首先应当统一政府采购交易平台的标准，包括范围统一、文件统一、程序统一、技术标准统一等，只有标准统一，全国各级政府采购交易平台才能实现互联互通；只有互联互通，才能实现政府采购的公开、透明并实行有效的社会监督、方便行政监督和司法监督，从而规范政府采购市场。

2. 通过“互联网+”的方式进行电子化政府采购活动

国家发改委等部委颁布和实施的《电子招标投标办法》第二条规定：“在中华人民共和国境内进行电子招标投标活动，适用本办法。”

本《办法》所称电子招标投标活动是指以数据电文形式，依托电子招标投标系统完成的全部或者部分招标投标交易、公共服务和行政监督活动。数据电文形式与纸质形式的招标投标活动具有同等法律效力。”

因此，本条规定了以“互联网+”的形式推动政府采购电子招标投标活动的发展。

3. 实践中判定交易平台水平的指标之具体体现

(1) 电子平台依托互联网而不是局域网进行交易；

(2) 电子平台的模块多样化组合适用不同项目文件和程序的需要；

(3) 电子平台使用的软件具有较高的智能化功能而不是简单的纸质文件电子化；

(4) 电子平台的使用要人性化。

应当指出，在政府采购中，公开招标是主要的采购方式，但是鉴于政府采购标的多样化，其采购方式也必然多样化，对于其他采购方式的电子化管理还需要有关政府部门制定相应的法

规予以规制，防止一哄而起、部门和地区割据，影响了政府采购市场秩序的公平。

三、政府采购电子交易平台建设的规划

依据 2013 年财政部发布的《关于印发〈全国政府采购管理交易系统建设总体规划〉》和《政府采购业务基础数据规范》的要求，政府采购管理交易系统建设的主要内容主要是一个标准化系统、两个业务平台、4 个共享数据库、8 个主要子系统，如表 1-3 所示。

表 1-3 政府采购管理经框架表

	名 称	内 容
1	标准化系统	指全国统一的建立功能、技术和数据规范的标准体系
2	业务平台	指政府采购监督管理平台和政府采购交易平台
3	共享数据库	指代理机构、评审专家、供应商库和商品信息库全国数据共享
4	主要子系统	指计划管理、电子评审、电子卖场、合同管理、监督预警、诚信体系、数据分析与决策支持、信息服务等系统

四、依据规划稳步推进政府采购电子化的进程

应当指出的是，由国家发改委、工信部、住建部等 8 部委已于 2013 年 2 月 4 日颁布并实施的《电子招标投标办法》及其《技术规范》。2015 年 8 月 30 日中国招标投标公共服务平台正式上线运行。目前在财政部统一政府采购平台没有建成之前，地方政府主导建设的特别是一些公共资源交易中心依照国家发改委等 8 部委颁布的《电子招标投标技术规范》建立了一大批电子公共服务平台和交易平台，因此，财政部门在制定技术规范时应当注意同《电子招标投标办法》附录的技术规范兼容。

2015 年 7 月 1 日国务院审议通过国务院总理李克强 7 月 31 日主持召开国务院常务会议，决定整合建立统一的公共资源交易平台，颁布了《整合建立统一的公共资源交易平台方案》（以下简称《方案》）以管理创新促进资源配置高效透明。该方案整合的范围包括工程建设项目招标投标、土地使用权和矿业权出让、国有产权交易、政府采购等。

《方案》坚持以问题为导向，突出改革，强化创新，明确提出了全国公共资源交易平台的整合目标：即在 2016 年 6 月底前，地方各级政府基本完成整合工作，2017 年 6 月底前，在全国范围形成规则统一、公开透明、服务高效、监督规范的公共资源交易平台体系。

依据该《方案》的规划，在顶层设计方面，国家发改委将会同有关部门包括财政部抓紧制定国家电子交易公共服务系统的技术标准和数据规范，为全国公共资源交易信息的集中交换、共享提供制度和技术保障。

【案例 1-10】

用 PPP 模式推进电子招标投标系统建设^①

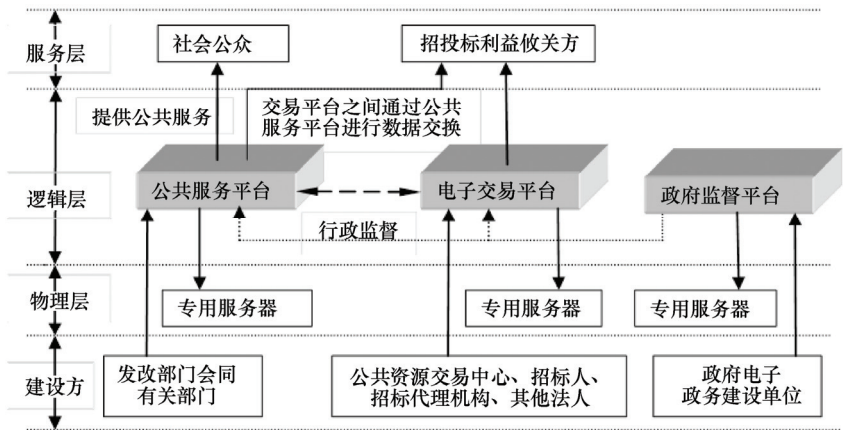
美国知名学者萨瓦斯在其名作《民营化与公私部门的伙伴关系》的开篇中，引用哲学家叔本华的话：“所有伟大思想都要经历三个发展阶段——第一阶段被视为异端邪说受到嘲笑，第二阶段遭到激烈的反对，第三阶段成为不言自明的真理”。

公共部门民营化思想已在当今国内外政府治理领域遍地开花，公私合营成为政府解决公共项目运营资金难题的有效抓手。政府的积极性来自对自身资金压力的缓解，民营企业资本的参

^① 陈川生. 用 PPP 模式推进电子招标投标系统建设[N]. 中国经济导报, 2015-04-02.

与动机在于提供优质产品和服务的同时，获取稳定收入并开展其他市场业务。

电子招标投标系统的建设也是这样。依据电子招标投标办法的规定，我国的电子招标投标系统由公共服务平台、交易平台和监督平台组成（见下图）。



《电子招标投标办法》规定，各级公共服务平台按照由政府主导、共建共享公益服务的原则组建。但在实践中，除了认识问题外，地方政府建设公共服务平台的最大问题是缺乏建设资金，包括建设平台系统的资金和后续维护运行的资金。建设电子公共服务平台与一般政府采购的货物和服务不同，购买平台建设硬件软件属于货物采购，建设后的运行管理属于服务性采购，建设并运行的电子公共服务平台是为社会公众提供服务的公共产品。公共服务应当是免费的。

但是，鉴于电子公共服务平台运行维护需要长期资金投入，政府财政不可能长期为其运行投入资金。针对这种状况，必联电子商务科技有限公司董事长吴树贵在一篇文章中建议，“在平台运营初期做好顶层设计，做好数据基础建设，使平台不仅具备处理海量数据并从中获取有价值信息的能力，还要具备整合分析的能力和 product 化的能力”。

要通过大数据的经营补偿平台的建设经营费用。但是，地方政府平台一则数据有限，二则缺乏相应人才，找不到补偿费用的好办法。为了维护平台运行，一些地方政府在提供公共服务时，通过强制购买 CA 证书、强迫实行会员制等办法补偿运行费用，原来应当发布公告、抽取专家等免费服务变为有偿，虽然政府对其中还有补贴但仍然引起不满，这也阻碍了电子招标方式的推行。更重要的是，此举有可能形成地区封锁，这与建设电子招标投标系统实现互联、互通、资源共享、公共服务实现统一规范大市场的初衷相背离。

针对建设电子招标投标系统规范市场的迫切性，以及地方政府缺乏资金的现实性矛盾，地方政府可以采取 PPP 模式提供公共服务的思路，通过 BOT 建设方式建设政府公共服务平台。

PPP 模式资金回收的方式有三种：第一种是项目本身具有资金偿付能力如废水处理等；第二种是准有偿回收如桥梁隧道等项目一般政府回购；第三种是属于非经营性、非自偿性、公益性的项目，需要政府提供通过优惠政策的其他关联项目予以补偿。电子招标公共服务平台的项目建设属于第三种。第三种办法能否成功的关键，是选择合法的补偿点。

依照政企分开思路 and 通过竞争提供技术进步动力，电子招标投标办法要求公共服务平台和交易平台应当分设，交易平台应当由市场主体通过竞争方式建设并在任何地方交易中心及其公共服务平台对接并独立进行交易。但是，由于技术层面的专业性，某交易平台一次建成后，评标专家、监督部门都需要专业培训并形成习惯和先发优势。因此，交易平台和服务平台对接运行后，只要不出现大的技术或服务障碍，考虑到更新成本和项目服务的不可间断性，政府有关

部门在交易平台在该交易中心交易时非常慎重和稳定。

地方政府可通过招标方式与有竞争力的运营商签订合同。合同可以约定,政府公共服务平台的硬件、软件建设和运行维护费用由中标运营商支付,建成的公共服务平台由政府主办,中标运营商无偿提供服务,所有公共服务向公众开放,不得收取任何费用。作为投资回报的补偿形式,政府允许中标运营商在约定期间内在本地公共资源交易中心优先使用中标运营商开发的交易平台,在招标投标交易中向交易方收取一定费用,之后公共服务平台系统无偿移交地方政府。

依据全国各地地方政府推行电子招标的经验,采取该类模式,政府电子招标公共服务平台免费向公众和社会开放,群众满意;电子招标的一个优点是无纸化操作,在纸质招标中投标人在投标中编制纸质投标文件,一般需要 2000 元至 3000 元的印制费,采购电子招标后,投标人只需向交易平台缴纳其中一部分费用,投标人满意;中标公司在此期间回收投资并有一定盈利,投资方满意;政府没有出一分钱就实现了招标电子的运行和管制。这有利于在加强监督的同时,降低直接和间接的监督成本,政府满意,并实现利益攸关方的多赢。

总之,改革创造了红利。当然,改革也要付出成本和代价,对招标利益攸关方而言,应从改革大局出发,只要有利于国家发展,有利于地方经济发展和市场环境改善,本单位得失不应成为阻碍电子招标发展的障碍。

参 考 文 献

1. 论文书籍

- [1] 石英华. 发达国家政府财务信息披露对中国的借鉴与启示[J]. 财贸经济, 2006(11).
- [2] 孙立群, 苏建国, 王军, 沈德能, 张雷峰. 评审专家谈专家评审制[J]. 中国招标, 2011(12).
- [3] 李娟. 政府采购模式的国际比较及其经验借鉴[J]. 黄冈师范学院学报, 2014(04).
- [4] 贺国平, 周帼. 政府采购模式的比较研究[J]. 辽宁财专学报, 2002(05).
- [5] 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京: 中国金融出版社, 2011.
- [6] 朱少平, 张通主编. 《中华人民共和国政府采购法》释义[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2002.
- [7] 黄晓燕. 集中采购目录、采购限额标准与采购形式[J]. 中国政府采购, 2003(05).
- [8] 徐琳. 增强私法私权观念 防止公权力滥用[J]. 知识经济, 2008(01).
- [9] 冯彦君, 张颖慧. “劳动关系”判定标准的反思与重构[J]. 当代法学, 2011(06).

2. 网站

- [1] 关于推进和完善服务项目政府采购有关问题的通知(财库[2014]37号). 财政部网站, <http://www.mof.gov.cn>.
- [2] 政府采购限额标准如何设定更合理. 中国财经报网, <http://www.cfen.com.cn>.
- [3] 谢旭人. 政府采购为中小企业预留份额. 新华网, <http://www.xinhuanet.com>.

3. 报纸

- [1] 徐焕东. 为政府采购注入灵魂性内容[N]. 中国政府采购报, 2015-03-02.
- [2] 陈川生. 用 PPP 模式推进电子招标投标系统建设[N]. 中国经济导报, 2015-04-02.
- [3] 于安. 严格规定法律责任 维护政采法律秩序[N]. 中国政府采购报, 2015-03-02.

第二章 政府采购当事人

第十一条 采购人的义务

第十一条 采购人在政府采购活动中应当维护国家利益和社会公共利益，公正廉洁，诚实守信，执行政府采购政策，建立政府采购内部管理制度，厉行节约，科学合理确定采购需求。采购人不得向供应商索要或者接受其给予的赠品、回扣或者与采购无关的其他商品、服务。

【条文释义】

《政府采购法》第十五条规定“采购人是指依法进行政府采购的国家机关、事业单位、团体组织。”由于其只对采购人的概念进行界定，本条即补充了采购人应承担的义务。

一、采购人的范畴界定

（一）国家机关

所谓的国家机关是指代表国家行使管理职能的机关。根据宪法的规定，国家机关通常包括国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关等。国家机关通常代表国家意志，维护国家利益。

（二）事业单位

事业单位是我国特有的组织形式，我国于1998年颁布实施的《事业单位登记管理暂行条例》（国务院令 第411号）中，对事业单位的概念进行界定，“事业单位是国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科学、文化、卫生等活动的社会服务组织。”从事业单位的定义中可以看出事业单位的国有性和社会公益性。

（三）团体组织

这里的团体组织即所谓社会团体。社会团体的称谓实质上仅是指介乎于政治国家与市场体系之间一类组织的核心构成与代表，在更广泛的意义上，社会科学多使用诸如第三部门（the third sector）、非政府组织（non-governmental organizations, NGOs）、非营利组织（non-profit organizations）、社会中介组织（mediate organizations）等概念，名目繁多，表述不一，内涵不定。

我国于1998年颁布实施的《社会团体登记管理条例》（国务院令 第250号）中，对社会团体的概念进行界定，“社会团体是指由中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。”从社会团体的概念上可以看出，社会团体主要体现了自发性、组织性和非营利性。目前，我国有全国性社会团体近2000个，其中使用行政编制或事业编制、由国家财政拨款的社会团体约200个。在这近200个团体中，全国总工会、共青团、全国妇联的政治地位特殊，社会影响广泛。除此之外，我国的社会团体还包括中华全国学生联合会、中国侨商投资企业协会、中国消费者协会，等等。

二、对采购人义务规定的必要性

任何法律关系都是以权利义务为内容的，法律中的权利义务是对等的。权利和义务作为源于人类社会关系要求及规定而特有的相对存在的现象，两者是相互联系、相互制约的。对等性是权利和义务关系一般相关性的表现，对等性是对相互制约、相互依存关系态势中的对立双方内在联系、相辅相成关系的表达和概括。对等性侧重于“相对应”，而“相对应”是指两个事物之间的联系是内在的、逻辑的、对称的、双向的，即有一项权利，必然有一项义务与之对应。反之，亦然。

在政府采购中，采购人往往处于一种相对优势地位，拥有较大的权利，特别是在编制采购文件、确定中标或成交供应商、签订采购合同等活动中。因此，法律赋予采购人如此多权利的同时，也必须对采购人应承担的义务做出对应性的规定，“没有无义务的权利，也没有无权利的义务”，任何一方的存在都是以另一方的存在为前提的，享受一定的权利就必须承担相应的义务，在尽义务的同时也包含着将享受相应的权利。因此，任何超越权利界限的行为，都同时是侵犯他人的权利，未履行自己的义务的行为；任何超越义务界限的行为，都同时是未履行自己的义务，侵犯他人权利的行为。如果采购人仅享有权利而不承担义务，往往会造成采购人权利过大，出现滥用权利、滋生腐败等问题，严重影响采购活动的公正性、公平性。

三、采购人承担义务的原则

《条例》本条第一款第一层表述是承担义务的原则。

1. 维护国家和社会公共利益的原则

采购人应当以维护国家和社会公共利益作为采购活动的出发点，在实际的采购过程中，鉴于采购人的公法人或公益法人的属性，应当保证公正廉洁。

2. 诚实信用原则

《中华人民共和国合同法》（下以简称《合同法》）第六十二条第二款规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”由此，当事人在合同的履行中，应当诚实信用地行使权利、履行义务。因此，在私权交易中，也就是政府采购合同的履行过程中，采购人应当遵循诚实守信原则，积极履行合同权利、承担合同义务。

3. 维护国家社会和谐稳定原则

在政府采购中，采购人应当以《政府采购法》规定的政策目标的实现作为主要目标，积极维护国家社会的稳定和谐。

四、具体措施和目标

采购人要实现上述的原则要求，首先，要建立政府采购内部管理制度，将其作为政府采购活动的制度保障，能够有效地提高采购内部的监督管理水平，实现内部权力相互制约，保证内部工作的透明化和程序化；其次，在采购活动中要厉行节约，所谓“将每一个纳税人的铜板花在刀刃上”就是这个道理，有利于实现资金最大限度地使用，且还有利于提高政府采购活动的水平和层次。

五、科学合理地确定采购需求

首先，我们需弄明白一个问题：政府为什么要进行采购？其实就是为了满足政府在日常工作和活动中的基本需求，这是政府进行采购的首要原因。因此，恰当地、以尽可能低的成本和代价，获得政府履行公共职责的货物、工程和服务，既是采购科学化的根本目标和出发点，也是检验政府采购是否科学合理的基本标准。

因此，作为采购管理的源头，不从采购需求出发、不能恰当满足需求的采购，一定不会是成功的采购。本条第一款要求采购人做好采购准备工作，特别是要科学合理地确定采购需求，这是一种明确的目标定位，表明采购应当符合科学合理的采购需要。

六、禁止采购人所为的行为

本条第二款规定了采购人在4个方面的约束：一是采购人不得向供应商索要或者接受其给予的赠品；二是采购人不得向供应商索要或者接受其回扣；三是采购人不得向供应商索要或者接受与采购无关的其他商品；四是采购人不得向供应商索要或者接受其给予的与采购无关的服务。

本条款其实就是规定了采购人不应当为之行为，旨在严格禁止采购人索要或者接受供应商的不正当利益，维护采购人公正廉洁的形象，保证供应商之间的公平竞争，实现采购活动的公正化、透明化。

【案例 2-1】

孙某某受贿案^①

【案情介绍】

原判认定：2004年至2013年中秋节前，被告人孙某某利用其担任河南省浚县教育体育局党组副书记、副局长的职务便利，先后收受胡某某等8人现金共计47500元、服装消费卡1000元。具体事实如下：

一、2004年至2005年期间，个体建筑商李某乙请托孙某某在其承包善堂镇第一初级中学危房改造工程中给予帮助，委托浚县善堂镇西善堂村党支部书记李某甲送给孙某某现金7000元，孙某某予以收受。

认定上述事实的证据有：被告人孙某某供述，证人李某甲、李某乙证言，书证：浚县中小学危房改造项目工程招标中标通知书、内部承包协议1份、申请2份、浚县县级政府采购资金支付申请书。

二、2006年中秋节前，县实验小学校长杜某某请托孙某某为实验小学分校争取新教学楼建设中给予帮助，送给孙某某现金1500元，孙某某予以收受。

认定上述事实的证据有：被告人孙某某供述，证人杜某某证言，书证：建设工程施工合同。

三、2007年10月份，原县善堂镇贾胡庄学校教导主任王某某请托孙某某在其晋升职称过程中给予帮助，送给孙某某现金2000元，孙某某予以收受。

认定上述事实的证据有：被告人孙某某供述，证人王某某证言，书证：鹤职改（2010）5号文件，王某某被晋升职称。

^① 孙某某受贿案.河南省鹤壁市中级人民法院（2014）鹤刑二终字第158号.北大法宝，<http://www.pkulaw.cn>.

四、2009 年县北街小学校长马某某请托孙某某为该校争取危房改建项目中给予帮助，送给孙某某现金 2000 元，孙某某予以收受。

认定上述事实的证据有：被告人孙某某的供述，证人马某某证言，书证：河南省浚县卫溪街道办事处北街小学出具的证明材料、建设工程施工合同。

五、2009 年 10 月份，黎阳建设有限公司股东周某某请托孙某某在其投标县卫贤镇第一初级中学学校校舍安全工程中给予帮助，送给孙某某现金 5000 元，孙某某予以收受。

认定上述事实的证据有：被告人孙某某供述，证人周某某证言，书证：中标通知书、建设工程施工合同。

六、2009 年年底，县直幼儿园园长李某丙为了感谢孙某某在该园综合楼建设财政资金拨付过程中给予的帮助，送给孙某某 1000 元服装店消费卡一张，孙某某予以收受。

认定上述事实的证据有：被告人孙某某供述，证人李某丙证言，书证：建设工程施工合同。

七、2012 年，个体承包商朱某某请托孙某某为其承包的县善堂镇第四初级中学学校校舍安全工程支付工程款过程中给予帮助，送给孙某某现金 5000 元，孙某某予以收受。

综合证据：

1、县教育体育局证明材料。证明孙某某 2001 年任县教育体育局党组副书记，副局长，主管计财股、体育股、职成股、招生办。2011 年主管计财股、人事股、监察室、职成股。2013 年主管办公室、计财股、人事股、监察室、职成股。（计财股含基建中校舍维修改造资金项目和薄弱学校校舍建设类项目）

2、区人民检察院出具的归案经过。证明孙某某被传唤到案后，除如实供述了侦查部门已掌握的收受胡某某 25 000 元贿赂的犯罪事实，并主动供述了侦查部门尚未掌握的其他受贿犯罪事实。

3、扣押物品清单。证明孙某某主动退出赃款 48 500 元。

根据上述事实及证据，区人民法院认为：被告人孙某某身为国家工作人员，利用职务之便，非法收受他人现金 47 500 元和 1000 元服装消费卡，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。公诉机关指控的罪名成立，予以支持。

公诉机关指控孙某某于 2010 年收受耿进普 900 元系受贿行为。经查，孙某某收受耿进普 900 元是为耿进普之妻晋升职称协调关系，而 2010 年孙某某虽担任县教育体育局副局长职务，但其并不主管人事工作，其协调行为与其职权无直接关系，收受该款项属违纪行为，不应认定为受贿性质。辩护人关于应将收受耿进普 900 元从受贿总额中减去的辩护意见成立，予以采纳。

辩护人认为孙某某系自首，依法可以减轻处罚，经查，侦查机关在被告人孙某某到案前已掌握孙某某收受胡某某贿赂 25 000 元的犯罪事实，孙某某到案后如实供述其他同种类侦查机关未掌握的犯罪事实，其行为不符合自首条件，不构成自首。上述辩护意见不能成立，不予采纳。

辩护人认为孙某某收受朱某某 5 000 元系借款，收受胡某某 5000 元系随礼钱，均应从指控的受贿总额中减去，经查，孙某某利用职务之便，以受礼或借用为名，非法收受他人财物，为他人谋取利益，其行为系受贿行为，该款项应计入受贿数额。上述辩护意见不能成立，不予采纳。

孙某某如实供述侦查机关尚未掌握的受贿犯罪事实，系坦白，依法可以从轻处罚。案发后，孙某某积极退出全部赃款，可酌情从轻处罚。依法判决：被告人孙某某犯受贿罪，判处有期徒刑 3 年零 6 个月；被告人孙某某退出的违法所得 48 500 元，由扣押机关上缴国库。

【审理剖析】

经二审法院审理查明孙某某收受李某乙、杜某某、王某某、马某某、周某某、李某丙、胡

某某贿赂的事实与原判相同，原判认定上述事实的证据经一审、二审当庭举证、质证，查证属实，法院予以确认。

证人朱某某二审出庭作证，证明其与孙某某系干亲，以前曾向孙某某借过钱，孙某某也没要过，他后来主动还了。他给孙某某 5000 元是因为孙某某打牌没带钱，并非因为工程上孙某某给予了帮助。

二审法院认为：上诉人（原审被告）孙某某利用职务便利，多次非法收受他人贿赂共计 43 500 元，为他谋取利益，其行为已构成受贿罪。原判认定孙某某收受李某乙、杜某某、王某某、马某某、周某某、李某丙、胡某某贿赂的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，认定孙某某收受朱某某现金 5 000 元系受贿的证据不足。孙某某系坦白，依法可从轻处罚；其退出全部赃款，可酌情从轻处罚。依法判决：

撤销区法院（2014）刑初字第 242 号刑事判决；上诉人（原审被告）孙某某犯受贿罪，判处有期徒刑 3 年；上诉人（原审被告）孙某某的违法所得 43 500 元，由扣押机关上缴国库。

【法理分析】

法律明确规定，在政府采购活动当中，采购人不得向供应商索要或者接受其给予的赠品、回扣或者与采购无关的其他商品、服务，换句话说，也就是采购人不得向供应商索贿，这里的贿赂限定在赠品、回扣或者与采购无关的其他商品、服务。至于何种是与采购无关的其他商品、服务，由有关的采购监督机关视具体的实践情况而加以明确。

这里的回扣是指，根据《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第五条第二款规定“本规定所称回扣，是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。”第三款规定“本规定所称账外暗中，是指未在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载，包括不记入财务账、转入其他财务账或者做假账等。”

法条之所以规定采购人这样一项禁止性义务，主要有以下的考量：首先，采购人在采购活动中具有很强的优势地位，具有根据评审报告确定中标、成交供应商的权利，因此，在实际的采购工作中，容易受到来自为了谋求中标、成交供应商的诱惑和干扰；其次，在一定程度上，规定了采购人禁止性义务，有利于规范采购人的采购行为，维护采购人公正、廉洁的形象，保证采购活动的严肃性、公正性，保障供应商能够平等参与政府采购活动；最后，采购人的禁止性义务，从另一个角度来讲，还有助于减少供应商的行贿行为，使其渐渐地形成公平、公正的观念参与到政府采购活动之中，净化政府采购活动的环境，形成良好的政府采购机制。

第十二条 采购代理机构的补充规定

第十二条 政府采购法所称采购代理机构，是指集中采购机构和集中采购机构以外的采购代理机构。

集中采购机构是设区的市级以上人民政府依法设立的非营利事业法人，是代理集中采购项目的执行机构。集中采购机构应当根据采购人委托制定集中采购项目的实施方案，明确采购规程，组织政府采购活动，不得将集中采购项目转委托。集中采购机构以外的采购代理机构，是从事采购代理业务的社会中介机构。

【条文释义】

《政府采购法》第十六条规定，“集中采购机构为采购代理机构。设区的市、自治州以上人民政府根据本级政府采购项目组织集中采购的需要设立集中采购机构。集中采购机构是非营利事业法人，根据采购人的委托办理采购事宜。”

《政府采购法》第十九条规定：“采购人可以委托集中采购机构以外的采购代理机构，在委托的范围内办理政府采购事宜。采购人有权自行选择采购代理机构，任何单位和个人不得以任何方式为采购人指定采购代理机构。”

本条第一款对政府采购代理机构的定义做了准确的解释：包括集中采购机构和集中采购机构以外的采购代理机构。第二款针对两种不同代理机构的性质做了严格的区分，并主要对集中采购机构的工作范围做了概括性规定。

一、集中采购机构

集中采购机构是指设区的市级以上人民政府依法设立的非营利事业法人，是代理集中采购项目的执行机构。可以明确看出，集中采购机构具有非营利事业法人的性质，且进一步明确了其为集中采购项目的执行机构。集中采购机构的法律属性属于公益法人范畴。从内涵上看。公益法人是与营利法人相对，是指依法成立的，从社会公共利益出发履行相应社会管理职能，促进社会发展的法人组织。纵观当下各国法人立法体例，对于公益法人之规定多见于大陆法系国家，且尤以《日本民法典》第三十四条关于公益法人设立之规定为典型：“有关祭司、宗教、慈善、学术、技艺及其他公益的社团或财团且不以营利为目的，经主管官署许可，可以成为法人”。公益法人提供的服务本身带有强制性，其服务属于公权力规制的范畴；但值得注意的是，其代理交易过程属于私法的调整范畴。

本条第二款同时规定了，集中采购机构依采购人委托法定的工作范围：制定集中采购项目的实施方案，明确采购规程，组织政府采购活动。上述范围的工作强制由集中采购机构执行，这样做有三大优势：一是集中采购可以发挥政策引导和市场调控功能；二是集中采购机构专业化的采购一般可以保证采购质量；三是方便监督，可以减少采购环节腐败漏洞的产生。鉴于此，法律规定这种采购不能转让委托。

二、集中采购机构以外的采购代理机构

集中采购机构以外的采购代理机构，是从事采购代理业务的社会中介机构。本条第二款同时规定，集中采购机构以外的代理机构完全属于一般市场民事主体的中介机构，其服务完全是委托代理的私权范畴。

我国自实行政府采购试点工作以来，一直鼓励采购单位将采购项目委托给社会中介机构承办。由于政府采购对政策性、技术性、专业水平的要求都很强，采购单位普遍缺乏规范的操作能力，对采购程序掌握也不够全面，难以按照政府采购制度的要求开展采购活动。为此，为了规范政府采购行为，财政部门要求各采购单位要扬长避短，充分利用社会资源，发挥招标公司等社会中介机构的优势，允许并鼓励采购人将采购项目委托有资格的采购代理机构承办。

在政府简政放权的改革过程中，财政部依据 2014 年 8 月 31 日全国人大常委会通过的关于修改《政府采购法》等法律的决定，从即日起取消了对政府采购招标代理机构资格的审批，但是取消审批并不等于放松对代理机构的监督管理，相反，财政部门通过规范抽查、受理投诉等多种手段加强了对代理机构的管理和监督。

【案例 2-2】

中华人民共和国财政部政府采购信息公告^①

(第 252 号)

根据《政府采购信息公告管理办法》(财政部令第 19 号)的相关规定,现将本机关对北京方×联工程咨询有限公司的违法违规行为做出的行政处罚决定公告如下:

一、相关当事人

当事人:北京方×联工程咨询有限公司

住 所:北京市海淀区学院南路××号

二、基本情况

2014 年 12 月 15 日,本机关在依法对“农业部重点实验室建设项目仪器设备统一招标采购—农田观测和实验室分析仪器”采购项目第 6 包(编号:ZSB-2014-002(FXYQ))投诉案的调查处理中,发现该公司未按照《中华人民共和国政府采购法》相关规定组织政府采购活动。本机关依法进行了调查取证,现已审查终结,于 2015 年 1 月 21 日做出了行政处罚决定。

三、处罚结果

经调查,该公司未按照《中华人民共和国政府采购法》的相关规定组织政府采购活动,包括招标文件发布、评审专家抽取、中标结果公示等,招标文件是按照《中华人民共和国招标投标法》及其实施条例编制的。上述行为违反了《中华人民共和国政府采购法》第 2 条“在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法”,第 64 条“采购人必须按照本法规定的采购方式和采购程序进行采购”的规定。

根据《中华人民共和国政府采购法》第 78 条的规定,本机关决定对该公司做出 3 年内禁止代理政府采购业务的行政处罚。

2015 年 3 月 27 日

第十三条 采购代理机构的业务要求

第十三条 采购代理机构应当建立完善的政府采购内部监督管理制度,具备开展政府采购业务所需的评审条件和设施。

采购代理机构应当提高确定采购需求,编制招标文件、谈判文件、询价通知书,拟订合同文本和优化采购程序的专业化服务水平,根据采购人委托在规定的时间内及时组织采购人与中标或者成交供应商签订政府采购合同,及时协助采购人对采购项目进行验收。

【条文释义】

《政府采购法》对采购代理机构的规定过于原则,《条例》第十三、第十四和第十五条对代理机构的条件任务、相关义务和编制采购文件等工作做了详细的补充。

一、采购代理机构应当具备的软件和硬件条件

本条第一款对采购代理机构应当具备的软件和硬件条件做了明确的规定。本条规定采购代理机构应当建立完善的政府采购内部监督管理制度,这是由代理机构特别是集中采购机构主体

^① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第 252 号。财政部网站 <http://www.mof.gov.cn>。

的法律属性和代理行为的特征决定的。政府集中采购机构既是政府采购的主要当事人，也是政府采购的重要执行者。政府集中采购机构具有代理机构的通常特点，集中采购机构在代理权限内，以委托人的名义实施民事法律行为，组织采购事务，采购结果归于采购人。

本条规定针对两类不同的代理机构，但从管制意图上进行考量，主要还是针对政府集中采购机构的管理。

首先，依据本法规定，集中采购机构是政府采购的执行机构，鉴于其公益法人的属性，如果没有严格、必要的制度约束，很可能产生管制腐败。在采购中设租、寻租；集中采购机构以外的代理机构虽然需要采购人委托才能代理采购行为，但由于采购活动的经济属性、技术属性、管理属性和法律属性，其采购代理行为也应当通过制度约束来保证其行为的合法性。

其次，依据新制度经济学委托代理的原理，政府采购所涉及的关系人主要有：纳税人、缴费人、各级政府、各级财政部门、主管部门、行政事业单位和供应商。在政府采购过程中，一般会形成纳税人——政府——财政部门——政府采购主管部门——政府采购中心——政府采购人员这样长长的委托代理链，政府采购人员是最终的代言人，链的另一端是初始委托人，即政府采购权和政府采购资金的供应者——纳税人。这种多层委托必然会产生代理目标的不一致，虽然一项好的制度设计可以减轻信息不对称、目的不一致的程度，却无法改变委托代理关系是两个主体而非一个主体的根本特征。在委托代理关系中，由于双方目的的不一致性和信息的非对称性：委托方和代理方之间总是难以实现理性的双赢，代理方在非对称的信息环境下总是最大限度地实现自身利益的最大化。正是这种委托人与代理人的个人效用函数的不一致，使我国政府采购存在着委托代理失灵问题，为政府采购中寻租行为的产生提供了温床。

因此，只要存在委托代理关系，就存在寻租的可能。换句话说，寻租是人类社会采用分工以提升生产效率时无法回避的风险。因此，在采购代理机构建立和完善内部管理制度尤为重要，包括岗位分事分权、分岗设权、分级授权、定期轮换、强化企业内部流程控制等，来保证采购在提高效率的同时减少腐败漏洞的发生。

本条第一款同时规定了代理机构应当具备的硬件设施，同制度相配合能够最大限度地保证代理行为的公正性。

二、提高招标代理服务专业化的环节

（一）专业化是招标代理的本质属性

在取消招标代理机构资格审批后，招标代理机构面临的市场化挑战前所未有；过去靠机构资质的垄断而仅仅通过程序服务，只要合规就能生存的日子，显然业已一去不复返了。众所周知，招标代理的成立是经济发展产生的专业化分工的结果。

在政府资质审批以及招标代理服务费实行政府指导价等计划经济色彩的保护下，代理机构只要执行程序即可生存，所以很少有单位会从专业化服务方向去追求自己企业的定位。因此，本条规定要求代理机构通过确定需求开始向专业化方向发展有非常重要的意义。

招标代理机构的专业化和信息优势必将推进了行业和管理方式的社会化。

本条第二款前半段规定的环节是，首先，确定采购需求；其次，编制招标文件、谈判文件、询价通知书；再次，拟订合同文本；最后，优化采购程序等四个环节，以此来提高代理服务机构的专业化水平。

（二）确定采购需求是招标采购方案中的第一要务

在政府采购中，依据《预算法》的规定，采购人对采购需求的提出、论证、确定、监督都有一整套的制度规则。使用单位提出采购需求后，专业采购单位可以凭借自己的专业知识，对采购需求在技术和商务条件等方面进行补充，从而能够满足使用人的合理要求，但是条件和采购标准应当保证其完整性、准确性和合规性。最后要做到的是，确定的采购需求须合法合规，保证采购需求的合法合理性。

（三）对采购标的必须进行成本核算

采购成本在项目总成本中占据重要地位，项目采购成本控制对企业最终利润形成具有“杠杆效应”。所有采购需求的描述都应当对应生产和制造成本，生产制造成本是合同成本的主要组成部分：采购方式的确定对应交易成本。采购成本是合同成本和交易成本的总和。如何使合理的需求在满足企业预算约束的要求之下，还能遵循实现采购成本效益原则，是采购代理机构专业化的一个重要体现。特别是对一些重大采购项目，要不要分包、是否允许联合体投标、如何控制制造周期、明确项目后期的服务水平、考虑不同交货地、时间对项目的影响等都是采购部门专业化水平的体现。

（四）要对采购项目合同的履约予以风险防控

采购部门专业化最直接的体现是对合同类型的选择和合同条款的科学设置。

其中对潜在投标人资质的确定；标段的划分；合同价格形式的选择，包括风险范围的合理确定，如合同履行期价格调整的条件、程序；履约验收方式的要求；索赔条款的拟定；违约责任的处理办法（继续履行、采取补救措施、损害赔偿、支付违约金、定金责任）等都体现了采购部门的专业化水平。

上述内容都应当作为采购部门绩效评价的要求之一。

三、确定招标代理的工作边界

在政府采购的实践中，采购代理机构从事采购业务的时间一般从接受委托编制招标采购文件时开始，到发放中标或成交通知书时为止。虽然法律明确规定了后续的工作任务，但执行的情况不尽如人意，为此，本条对下列工作重新做了详细规定。

（一）积极组织签订采购合同

采购代理机构需要在规定的时间内组织采购人与中标、成交供应商签订政府采购合同。

首先，这里的“在规定的时间内”的界定可以根据《政府采购法》第四十六条第一款的相关规定，“采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起30日内，按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。”其次，采购代理机构不得直接作为合同的一方当事人来参与合同的签订，政府采购合同的双方当事人只能是采购人和中标、成交的供应商。

（二）及时协助采购人验收

根据《政府采购法》第四十一条的规定“采购人或者其委托的采购代理机构应当组织对供应商履约的验收。”即验收的主体有两个。但是本条规定修正为采购代理机构“协助”验收，从而明确了采购人作为合同验收唯一的行为主体，采购代理机构仅起辅助作用，由于采购代理

机构人员有限，代理的业务项目众多，在实践中代理机构一般很少参与合同验收。因此，《条例》根据现实的实际情况，实事求是的做出上述规定，是必要的。但是，采购代理机构的协助义务必须是“及时”的，以满足验收工作的实际需要。

【案例 2-3】

项目验收：采购人该较真时要较真儿^①

【媒体报道】

公布招标文件、组织采购到最终验收、履约，每个环节的完成情况都会影响政府采购的效果。其中，履约验收环节作为实施采购全过程的最后一道“关口”，其重要性更是不言而喻。但在实际采购过程中，却是一个被公认为最薄弱、最容易被忽视的环节，“重采购、轻验收”的现象普遍存在。为什么这样一个本应被高度重视的环节却遭遇忽视呢？

谁来“主刀”存争议

明确验收责任主体是做好验收工作的首要前提。《政府采购法》第 41 条规定，采购人或其委托的采购代理机构应当组织对供应商履约验收。但在实际采购中，采购各方对验收工作由谁“主刀”观点不一，而这也侧面反映了验收环节权责不明、重视不够的问题。

采访中，绝大多数社会代理机构认为，与采购人的委托代理关系在发出中标通知书后就已经结束，后续的合同履约、验收主体应该是采购人，除非采购人在委托代理协议中有特殊要求，他们才会参与，但这种情况很少见。此外，专业技术、人员配置不足等因素，也限制了其不能做到每个项目验收工作全程参与和管理。

同时，部分受访采购人认为，验收工作是自身的职责，因为采购项目情况各不相同，没有必要每个项目都由采购代理机构参与验收。“一方面对代理机构参与验收工作的委托，是一项增值服务，会有相应额外费用的支出，另一方面代理机构水平参差不齐，验收工作委托后采购人还要考虑能不能做好的问题。”某中央单位采购人表示，他们就曾遇到同样是甲级资质的两家代理机构，但自身业务能力以及整个团队协调合作能力等却有很大差异的情况，其中一家机构甚至都没有参与过验收工作。把验收工作交给这样的代理机构，采购人显然不放心。也有一部分采购人表示，前期采购工作都由采购代理机构负责，验收工作也应委托其一起完成。

某地方政府采购监管部门相关负责人表示，忽略验收环节面临着之前采购过程中付出的努力可能功亏一篑的风险，该负责人认为，验收工作还应由采购人主要承担，毕竟采购产品最终是采购人自己使用，验收工作的好坏直接影响采购人的工作，而且采购人对验收的产品信息更加了解。

【法理研究】

虽然实践中对政府采购的验收主体到底是谁产生了很大的分歧，但是《政府采购法》第四十一条明确规定了“采购人或者其委托的采购代理机构应当组织对供应商履约的验收。”因此，法定的验收主体是采购人或者采购代理机构。

在实践中，采购人不管是考虑到费用的问题、验收结果的问题还是验收工作的顺畅进行问题等，都无法忽略采购代理机构享有对供应商履约情况进行验收的权利，是不能被剥夺的。但是在实践中，采购人往往是主要的验收主体，因为验收会涉及采购的产品是否符合采购需求、

^① 浅析政府采购项目验收的主体及如何规范验收. 济南政府采购网: <http://www.jngp.gov.cn>.

是否满足采购标准、是否能够符合采购人的特殊需要等，这些只有采购人才能真正地了解。加之，对供应商履约行为进行验收是整个采购过程中非常重要的一个环节，是检验采购结果是否符合采购目的的关键环节。

所以，采购代理机构在实践中要及时协助采购人对采购项目进行验收，出具验收书，对供应商的履约情况进行说明。

第十四条 采购代理机构及其工作人员不得为之条款

第十四条 采购代理机构不得以不正当手段获取政府采购代理业务，不得与采购人、供应商恶意串通操纵政府采购活动。

采购代理机构工作人员不得接受采购人或者供应商组织的宴请、旅游、娱乐，不得收受礼品、现金、有价证券等，不得向采购人或者供应商报销应当由个人承担的费用。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第二十五条第三款中采购代理机构的禁止性行为做出的补充。

一、采购代理机构及其工作人员不应为之条款之必要性

集中采购机构的代理业务源于法律规定，因此无需采用不正当手段获取代理业务；但是集中采购机构以外的采购代理机构的代理业务则需要依靠采购人委托，完全属于市场行为，因此，本条第一款第一种行为以不正当手段获取政府采购业务的规定主要针对集中采购机构以外的采购代理机构；本条款规定的第二种行为包括对两类采购代理机构代理行为的规制，但在某种意义上说，该类行为更容易发生在集中采购机构之中。鉴于目前采购代理市场存在的问题，该项规定非常具有针对性。

二、采购代理机构及其工作人员不应为之行为

1. 禁止采购代理机构所为的两项行为

(1) 不得以不正当手段获取政府采购代理业务。

实践中主要表现为，通过行贿、排挤打压竞争者、不合理的报价等。

(2) 不得与采购人、供应商恶意串通操纵政府采购活动。

这里的恶意串通主体不局限于与供应商，还包括与采购人。

采购代理机构上述违法行为加大了政府采购的交易成本，是目前有些政府采购比直接采购质次价高的重要原因之一。

2. 采购代理机构工作人员的禁止性行为

第一款两个“不得”针对的是采购代理机构，其规定的两种情形是目前实践中最为常见的违法行为；第二款的三个“不得”是针对的是工作人员，规定相当具体且详细，使人一目了然。但是遗憾的是，本《条例》并没有对此设置相应的法律责任，需要由其他相关的法律规范进行规定。

(1) 不得接受采购人或者供应商组织的宴请、旅游、娱乐；

(2) 不得收受礼品、现金、有价证券等；

(3) 不得向采购人或者供应商报销应当由个人承担的费用。

这些实际上都是一种变相的受贿行为，故为法律所禁止。

【案例 2-4】

财政部启动 2015 年度全国政府采购代理机构监督检查工作^①

【媒体信息】

2 月 6 日, 财政部印发《财政部关于开展 2015 年度全国政府采购代理机构监督检查工作的通知》(财库[2015]48 号), 要求按照“全国联动、统一标准、分级检查、依法处理”的原则, 开展中央、省、市、县四级财政部门联动的政府采购代理机构(以下简称代理机构)执业情况检查。

本次检查旨在进一步加强政府采购监督管理, 规范代理机构的执业行为, 促进代理机构向专业化的方向发展, 推动建立以结果为导向的政府采购监管体系。

本次检查的范围, 是财政部门从中国政府采购网上公示的视同纸质登记的代理机构名单以内, 选取部分代理本级政府采购项目的机构(包括本地注册及外地注册本地执业的代理机构)实施检查。各省可自行确定检查代理机构的数量, 但检查比例不得低于本省代理机构总量的 10%, 检查数量原则上不得少于 20 家。本次检查主要针对 2014 年度代理的政府采购项目。

本次检查的主要内容, 包括代理协议、采购文件、信息发布、评审委员会组成、评审过程、中标成交、保证金及文件发售费、质疑处理、废标情况等 9 个方面内容。对于进入地方公共资源交易中心开展的采购活动, 财政部门应依法履行监管职责, 对社会反映比较强烈的违规干预采购活动等行为加大监督检查力度。

本次检查从 3 月开始, 到 8 月底结束, 具体分自查、书面审查、现场检查、汇总报告、处理处罚 5 个阶段进行。这是财政部首次组织的全国代理机构监督检查, 充分体现了政府采购监督管理部门贯彻落实十八届三中全会提出的改革市场监管的要求, 推动政府采购管理从程序导向型向结果导向型转变, 适应代理机构行政许可取消后新形势的要求, 逐步将政府采购的监管重心从事前审批审核转向事后监督, 建立代理机构宽进严管的机制。

【法理研究】

加强治理商业贿赂促使政府采购市场更“阳光”^②

《政府采购法》自 2003 年实施以来, 对于规范政府采购行为, 加强财政资金支出管理, 提高财政资金使用效益, 发挥了重要的作用。在实际工作中, 我们看到, 政府采购是一项系统工程, 从项目的委托、招标代理机构的选取、采购文件的编制、采购信息的发布、评审专家的抽取、现场公证评标到采购合同的签订、履行、项目验收等有一系列的步骤, 涉及多部门、多环节、多程序的工作, 体现的是一种市场交易行为。它一方面为市场提供了巨大商机, 规范了政府部门的支出行为, 节约了财政资金; 另一方面也是商业贿赂、贪污腐败等违法违纪问题的高发地。最近几年内我国查处各类商业贿赂案件案值高达 52.8 亿元。中共河北省办公厅和河北省人民政府办公厅在 2006 年下发的《关于开展治理商业贿赂专项工作的实施意见》的通知指出, 治理商业贿赂专项工作的重点之一就是坚决治理政府采购领域的商业贿赂行为。如何治理政府采购领域商业贿赂, 使政府采购市场更“阳光”, 是摆在我们面前急需解决的问题。

^① 财政部启动 2015 年度全国政府采购代理机构监督检查工作. 中国政府采购网, <http://www.ccgp.gov.cn>.

^② 加强治理商业贿赂促使政府采购市场更“阳光”. 中国国际招标网, <http://www.zfcg.com>.

一、政府采购领域商业贿赂行为的表现

首先，我们要明确什么是政府采购？它包含哪些方面？政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购，依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务。其中的工程采购项目是整个政府采购的重点，采购预算占地方全部采购预算的比重很大，且备受社会关注。

其次，我们要认清政府采购领域商业贿赂行为的表现，总体可分为以下几种：采购人与政府采购代理机构接受供应商好处，对技术指标、资质要求等方面进行不合理限制；政府采购代理机构不按规定时间、程度发布政府采购信息，排斥其他供应商参与竞标；供应商之间、供应商与评标委员会中的采购人代表或评标专家之间互相串通，采取陪标、串标等不正当手段牟取中标机会；供应商与采购人合谋，擅自修改采购合同或不按采购合同条款执行；采购人不以正当理由拒绝执行政府采购合同的有关条款，故意拖延货物验收及付款等不正当交易和商业贿赂行为。

二、政府采购领域商业贿赂行为的成因

政府采购领域成为腐败滋生的土壤，公共财政资金成为不法分子瓜分的“唐僧肉”，对国家、公民的利益都是严重的侵犯。进一步认识政府采购领域商业贿赂滋生蔓延的成因，对于有效防治商业贿赂行为，维护市场秩序和交易规则，净化公平交易氛围是至关重要的。

法制观念淡薄。一些采购人、政府采购代理机构或供应商不认真学习、领会《政府采购法》的内容，法制观念淡薄。一是在日常工作中，大部分单位人员（领导和财会人员）对财经制度有所了解，而对《政府采购法》知之甚少。主要是因为政府采购不是一个单位经常性的业务，它必须是依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务项目才执行政府采购。二是一些采购人、政府采购代理机构或供应商对《政府采购法》有一定的了解，但是认为任何事情都有它的“潜规则”，他们把法律、法规当做冠冕堂皇的摆设，政府采购不外乎是一种形式罢了。因不学法，导致他们更不懂法，更认识不到商业贿赂对公众利益的损害。

本位主义利益驱动。有一些采购人，他们只从本单位局部利益出发，认为政府采购是花财政的钱办自己的事，想方设法与供应商串通，尽量把采购项目的资金做大，其目的是为了套取更多的采购资金。这样就驱使他们或在采购开始就私自联系供应商，编制标书时有意划定资质范围，使自己认可的供应商入围；或中标后与供应商串通修改合同等等。有些单位的领导干部是始作俑者，对本单位本部门发生的商业贿赂案件不闻不问，不清查，不处理，甚至想方设法充当不法分子的保护伞。

我国每年由非政府采购中心代理采购的规模约占政府采购量 80%以上，而一些政府采购代理机构，他们以营利为目的，为了生存和发展，必然对采购人言听计从；而采购人为了得到好处，也必须与中介机构“合作”。因此公开招标的采购形式往往为采购人与招标代理机构隐秘控制。而一些供应商为了赚取更多的钱，他们会置自己的商业信誉不顾，给予采购人、政府采购代理机构、评标专家一定的好处；或与其他供应商互相串通，采取陪标、串标等不正当手段牟取中标机会；或与采购人合谋，擅自修改采购合同或不按采购合同条款执行，等等。他们把政府采购市场作为他们共同谋取“利益”的场所。

监督监管不到位。由于政府采购活动是一项系统工程，涉及多部门、多环节、多程序，对于政府采购领域的商业贿赂问题，就出现了政出多门、多头执法的混乱局面。尤其是对工程项目的招标采购，不同监管部门有了“客观”理由“或争或推”，造成监管缺位，部门之间的协

同作战如同一句空话，使得违法违纪行为难以得到及时查处。

法律法规不具体。政府采购法制不完善，一是现行《政府采购法》对工程项目招投标没规定具体操作规则，而是适用《招标投标法》，两部法律在很多规定上相互冲突，加之政府采购和招投标主管部门不同，造成招投标市场混乱。二是《政府采购法》中的所有监督措施几乎都是针对集中采购机构的，对其他政府采购代理机构缺乏有效的监督制约办法。三是现行《政府采购法》未能清楚界定和穷尽需要回避的采购人员，也没有明确回避的受理机关和程序，有利害关系的人员应回避未回避。四是现行《政府采购法》对供应商的违规违纪处罚规定不详细，过于笼统。这些极易滋生暗箱操作，助长商业贿赂的形成。

三、治理政府采购领域商业贿赂行为应采取的措施

商业贿赂严重破坏政府采购市场秩序和交易规则，侵害群众利益，诱发腐败行为和经济犯罪，毒化社会风气，损害政府采购形象。建立纯洁、阳光的政府采购市场，必须采取切实可行的应对措施和办法，清除容易产生商业贿赂的土壤，建立健全统一的政府采购法律制度，使财政资金的使用效益最大限度地得到发挥。

加强宣传教育，营造良好环境。一是积极营造反对政府采购领域商业贿赂的社会环境和氛围。广泛宣传党和国家有关政策和法律法规，提高全社会对商业贿赂危害性的认识，形成反对商业贿赂的良好社会氛围。二是加强对政府采购当事人法律、法规、纪律和职业道德等方面的教育，定期开展培训宣传工作，提高相关人员遵纪守法的自觉性和主动性，积极运用典型案例开展法制宣传和警示教育，增强其自觉抵制商业贿赂的意识，筑牢思想道德防线。从不同环节形成良好的自觉抵制和勇于同商业贿赂行为作斗争的内、外部氛围，共同推动政府采购工作的健康发展。

强化监督管理，建立自律机制。治理政府采购领域商业贿赂涉及面广，政策性强，工作难度大，单靠一个部门、一个单位是不行的，采购当事人应各自担负自身职责，监督管理到位。一是定期开展政府采购专项检查。每月、每季或每年组织相关部门进行“回头看”工作，检查不能仅仅针对于某一部门、某一部分、某一方面，因为政府采购是一项复杂的系统工程，涉及多部门、多环节的工作链，环环相扣，决不允许某一个环节出现差错。通过检查，加大对政府采购当事人的监督检查力度。二是广泛发动舆论监督机制。充分发挥新闻媒体和社会公众的监督作用，对商业贿赂的危害及常规的表现形式进行宣传，对典型的商业贿赂案件进行曝光，形成舆论氛围，进行舆论监督，从而进一步增强政府采购工作的透明度，遏制商业贿赂行为的发生。三是建立健全投诉举报制度。拓宽举报渠道，通过开通举报电话、开设举报邮箱、设立领导公开办公日等形式，确保举报途径的畅通。

通过强化监督管理，建立健全内部及相关自律、监督、制约机制。一是建立健全采购人的自律机制。加强对政府采购重点人员的管理，加强对采购各个环节的监督检查，发现问题要及时纠正。二是建立健全政府采购代理机构及供应商的自律机制。树立以守法诚信、优质服务为核心的经营理念，制定从业人员行为准则和职业道德规范，推行反商业贿赂承诺制，加强职业道德约束，严格遵循公平竞争规则，不断提升商业信誉。

完善法规制度，从源头上治理商业贿赂。要建立纯洁、阳光的政府采购市场，必须清除容易产生商业贿赂的土壤，建立健全统一的政府采购法律制度。一是改变工程项目管理适用《政府采购法》和《招标投标法》的模糊混乱局面，尽快出台融于一体、便于管理的制度办法。二是制定出台与《政府采购法》相配套的实施细则，内容详细、具体，规范采购当事人的职责、权限。充分发挥法律维护市场秩序、规范交易活动的作用，形成各个部门相互制约、共同监督的

管理体系。三是加快制定《政府采购供应商违规处罚管理办法》，进一步规范供应商参加政府采购活动的行为，维护政府采购市场公平竞争秩序。深化改革，完善制度，坚持标本兼治，实行综合治理，惩防并举，不断铲除商业贿赂滋生的土壤和条件，努力从源头上治理商业贿赂行为。

加大惩治力度，建立健全长效机制。政府采购领域的商业贿赂行为不仅破坏了社会主义市场经济秩序和公平竞争环境，而且阻碍了市场经济的健康发展。治理商业贿赂是一项复杂而艰巨的任务，既要集中时间开展专项治理，又要从大局和长远出发常抓不懈。我们一方面要纠正政府采购活动中违反商业道德和市场准则，影响公平竞争的不正当交易行为，另一方面要不断加大依法查处违反法律法规等商业贿赂行为案件的惩治力度，遏制商业贿赂案件蔓延的势头。对存在商业贿赂行为的采购当事人，政府部门要勇于揭短，发现一起查处一起。一是要公开曝光。在不同的媒体进行报道，并对采购代理机构和供应商建立商业贿赂案件“黑名单”，逐级上报。二是要追究责任。凡列入“黑名单”的采购代理机构和供应商，除处以经济处罚外，还要处以停止政府采购代理业务1年、供应商1~3年内禁止参加政府采购活动；对采购人不仅要处以行政处罚，对于造成严重后果、构成犯罪的还要处以经济和刑事处罚。

第十五条 采购文件编制

第十五条 采购人、采购代理机构应当根据政府采购政策、采购预算、采购需求编制采购文件。

采购需求应当符合法律法规以及政府采购政策规定的技术、服务、安全等要求。政府向社会公众提供的公共服务项目，应当就确定采购需求征求社会公众的意见。除因技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求外，采购需求应当完整、明确。必要时，应当就确定采购需求征求相关供应商、专家的意见。

【条文释义】

一、采购人、采购代理机构编制采购文件的依据

根据本条款的规定，编制采购文件的法定主体是采购人和采购代理机构。但是在实践中，往往是由采购人委托的采购代理机构进行编制，主要是因为采购代理机构比采购人了解更多的采购项目信息，且其具备相应的专业知识。本条第一款规定了采购代理机构编制招标采购文件的三个重要依据。

（一）应当依据采购政策编制采购文件

（1）政府采购必须处理好公平、效率和责任三者的关系。

《政府采购法》第九条和《条例》第六条都对政府采购政策做出了规定。在政府采购中，由于采购目标的多元化，政府采购应当正确处理好公平、效率和责任三者的关系。

① 公平是商品价换的本质特征。

除了体现在文件和程序规范中，还应当考虑是否能够有效的促进廉政建设。

② 提高政府采购效率就是要物有所值。

不仅体现在采购时间的节约上，更主要的是体现在采购标的是否真正实现物有所值。

③ 责任主要指社会责任。

社会责任是指国家社会的政策目标在政府采购中的体现。

(2) 通过市场经济体制的专业招标代理机构恰当来处理公平、效率和责任三者间的关系。

鉴于公平、效率和责任这三个目标的维度是相悖的。如注重程序管制可能影响采购效率；注重体现政府采购政策可能影响公平，或者注重强调公平忽视了执行政府采购政策。处于市场经济体制下的招标代理机构所具有的专业性，在一般意义上正好可以恰当地来处理公平、效率和责任三者间的关系，这些要通过招标文件中的资格条件、标包划分、评标办法、合同条款等对此予以具体规制。

(二) 应当依据采购预算编制采购文件

预算制度是公共采购的四项重要原则之一，即采购官制度、预算制度、竞争条件和规范市场是公共采购的四项基础条件。鉴于采购代理机构的专业性，代理机构在编制采购文件中必须依据预算确定采购需求的具体条件，俗话说“紧钱吃面”。为保证采购标的不超过预算，采购文件可以设置最高限价，或者在评标办法等部分设置合理的评标方法以实现项目意图。故可见，四审才通过的新《预算法》，将成为“阳光预算、阳光政府、依法行政”的法律保障，也成为具有推动和深化新一轮改革进程的全局性影响的大法。

(三) 应当依据采购需求编制采购文件

采购需求体现的是采购人的采购目标，但是由于采购人和供应商信息存在不对称，采购人的采购需求有时可能仅仅是一个模糊概念。如采购人提出需要采购办公自动化软件。但是该软件的技术参数、边界范围尚不确定。《条例》在需求的提出、需求的论证、需求的确定、需求的采购等各个环节都做了具体的规定，可以说，《条例》最大的突破之一，就是非常明确、非常到位地提出了采购需求的内容，使政府采购工作具备了实质性的、灵魂性的内容。

二、确定采购需求的约束条件

在采购文件中对采购需求的准确描述是政府采购工作是否成功的基础。本条第二款首先规定了确定采购需求的约束条件。

首先应当合法，作为有效民事合同的要件，内容合法是基本要素之一。合法包括了实体和程序的全部内容。其次，政府采购的合法性自然还需满足政府采购政策的落实。

对此而言自应当体现对节能产品、绿色产品的支持，对中小微企业的扶持，对少数民族和落后地区的帮助。除了政策性规定外，在政府采购的强制管制制度中，相关强制性技术标准也体现了公权力的属性。

中国招标投标协会副秘书长李小林曾指出：法律制度主要针对原则、唯一、稳定、管理和定性的行为事项，技术规范主要针对细节、多样、可变、技术和定量的行为事项，二者具有不可替代，互为补充的调整控制作用，唯有相互结合，才能有效规范招标投标市场的行为。

三、公共服务项目确定需求的途径

(一) 确定公共服务项目需求的途径

本条第二款还规定了向社会公众提供的公共服务项目，确定采购需求时应当听取社会公众的意见，有效地遏制了恶意编制采购需求的不正当行为，且更加体现了社会公众的普遍意志，与此同时，还增加社会公众的参与程度。

这充分表明采购需求不单是采购人、采购代理机构应面临的问题，而且涉及社会公共服务

等内容，必须听取社会公众的意见，让社会公众参与进来，这无疑是遵循“纳税人意愿”的必然要求，从而保证确定的需求科学、准确、合理。

（二）特殊项目征求专家、供应商的意见

本条第二款同时还规定，对于技术复杂或者性质特殊不能确定详细规格或者具体要求的，必要时，应当就采购需求征求相关供应商、专家的意见。《条例》的这项规定有利于通过采购人和供应商的沟通解决采购信息不对称的问题，有利于保证采购需求要完整、明确。即采购目标明确，采购需求完整，方便供应商编制投标或响应文件，同时也为采购结果的公正评价创造了条件。

应当指出的是，该条规定行为的主体是采购人、采购代理机构，不是政府有关部门。因此政府有关部门不能随意设置许可而要求采购人、采购代理机构编制的采购文件到本部门“备案”或指定采购人、采购代理机构必须征求专家或供应商意见。

最后一点，条文中所谓的“必要时”应当由采购人自行判断。

【案例 2-5】

中华人民共和国财政部政府采购信息公告^①

（第 267 号）

【媒体信息】

根据《政府采购信息公告管理办法》（财政部令第 19 号）的相关规定，现将本机关对“2015 年台式计算机批量集中采购项目——第一期（1 月）第一包”采购项目（招标编号：GC—HG140862）投诉案做出处理决定公告如下：

一、相关当事人名称

投诉人：联×（北京）有限公司

地 址：北京市海淀区上地信息产业基地创业路×号

被投诉人：××政府采购中心

地 址：北京市西城区西直门内大街西章胡同×号院

相关供应商：同×股份有限公司

地 址：北京市海淀区王庄路 1 号清华同方科技大厦×座×层

二、基本情况

投诉人对被投诉人做出的质疑答复不满，向本机关提起投诉。投诉事项为：本项目中标供应商同×股份有限公司使用与《第十六期节能产品政府采购清单台式计算机性能参数》不一致的产品投标，所投产品不具有参与政府采购活动的资格。经审查合格，本机关依法受理，并对投诉事项进行了调查取证。2015 年 4 月 2 日，本机关依法做出投诉处理决定。

三、处理结果

经审查，本机关做出处理决定如下：

本项目采购文件编制违反了《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》（国办发〔2007〕51 号）第二项和《关于调整公布第十六期节能产品政府采购清单的通知》（财库〔2014〕90 号）第八项的规定，影响中标结果。

根据《政府采购供应商投诉处理办法》（财政部令第 20 号）第 19 条第（一）项的规定，

① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第 267 号。财政部网站：<http://www.mof.gov.cn>。

责令××××机关政府采购中心重新开展本项目第一包采购活动。

【法理研究】

采购文件是政府整个采购活动中重要的组成部分，是采购人、采购代理机构开展政府采购活动的依据。《政府采购法》第四十二条第二款规定“采购文件包括采购活动记录、采购预算、招标文件、投标文件、评标标准、评估报告、定标文件、合同文本、验收证明、质疑答复、投诉处理决定及其他有关文件、资料。”根据《实施条例》第十五条第一款的规定，采购文件的编制应当根据政府采购政策、采购预算、采购需求，换句话说，采购文件中至少包含三种法定要素：政府采购政策、采购预算和采购需求。所谓的采购需求是指需求应当符合法律法规以及政府采购政策规定的技术、服务、安全等要求。前文释义中有提到，在这里不做赘述。

本案当中，有关机关做出的处理决定：该项目的采购文件的编制违反了《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》（国办发〔2007〕51号）第二项：“明确政府强制采购节能产品的总体要求“各级政府机构使用财政性资金进行政府采购活动时，在技术、服务等指标满足采购需求的前提下，要优先采购节能产品，对部分节能效果、性能等达到要求的产品，实行强制采购，以促进节约能源，保护环境，降低政府机构能源费用开支。建立节能产品政府采购清单管理制度，明确政府优先采购的节能产品和政府强制采购的节能产品类别，指导政府机构采购节能产品。

采购单位应在政府采购招标文件(含谈判文件、询价文件)中载明对产品的节能要求、对节能产品的优惠幅度，以及评审标准和方法等，以体现优先采购的导向。拟采购产品属于节能产品政府采购清单规定必须强制采购的，应当在招标文件中明确载明，并在评审标准中予以充分体现。同时，采购招标文件不得指定特定的节能产品或供应商，不得含有倾向性或者排斥潜在供应商的内容，以达到充分竞争、择优采购的目的。《关于调整公布第十六期节能产品政府采购清单的通知》（财库〔2014〕90号）第八项的相关规定“第十六期节能清单中的台式计算机产品性能参数作为附件予以强制执行，即凡与附件所列性能参数不一致的产品，不得参加政府采购活动。”因此，本案中编制的采购文件不符合有关的政府采购的政策法规，此采购文件的编制是违反法律规定的。

最后，本机关做出决定：根据《政府采购供应商投诉处理办法》（财政部令第20号）第19条第（一）项的规定“政府采购合同尚未签订的，分别根据不同情况决定全部或者部分采购行为违法，责令重新开展采购活动”，由于采购文件的编制是违法的，因此，责令××××机关政府采购中心重新开展本项目第一包采购活动。

第十六条 委托代理协议

第十六条 政府采购法第二十条规定的委托代理协议，应当明确代理采购的范围、权限和期限等具体事项。

采购人和采购代理机构应当按照委托代理协议履行各自义务，采购代理机构不得超越代理权限。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第二十条的委托代理协议的补充规定。《政府采购法》第二十条规定，“采购人依法委托采购代理机构办理采购事宜的，应当由采购人与采购代理机构签订委

托代理协议，依法确定委托代理的事项，约定双方的权利义务。”

《民法通则》第六十四条规定，“代理包括委托代理、法定代理和指定代理。”第六十五条规定“民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可以用口头形式。法律规定用书面形式的，应当用书面形式。

书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或者盖章。

委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。”

一、签订委托代理协议的必要性

采购人与采购代理机构应当签订书面的委托代理协议来依法确定委托的事项，约定双方的权利义务。委托代理协议实际上是一种委托合同，委托合同是以当事人的特殊信赖为基础的。采购人和采购代理机构是合同的双方当事人，形成了一种委托合同的法律关系，因此，采购人与采购代理机构应当根据委托合同约定的委托事项，履行合同义务、享有合同权利。所以委托代理协议在法律上是采购人与采购代理机构顺利开展政府采购活动的书面依据。

委托代理协议通过书面的方式确定采购人与采购代理机构的委托代理事项，不仅可以防止因口头委托而可能发生的矛盾纠纷，也有利于当事人明确自身的权利义务，更好地开展政府采购活动，防止超越代理权限、无故不履行代理事项的行为发生。

二、委托代理协议包含的具体事项

《政府采购法》第二十条没有对委托代理协议包含的内容做出具体的法律规定。本条第一款对其进行了详细的补充：委托代理协议应当包括：范围、权限和期限等。

一般来说，委托代理协议主要内容应包括：采购项目的基本情况；采购范围和方式；采购人和采购代理机构在采购需求的制定，公告的发布，采购文件的编制、印刷、发售和澄清，接收投标、响应文件，组织开标和评审以及确定中标成交供应商，项目采购完成的期限，签订合同，履行验收，以及答复供应商的疑问、质疑等方面的权利和义务；违约责任；纠纷的解决途径等。

在现实生活中，委托代理是一种司空见惯的现象，在政府采购工作中也普遍存在。本《条例》要求采购人依法开展委托代理事务的，一定要通过签订委托代理协议的书面方式来明确委托代理范围、约定双方的权利和义务、权限、期限等，使各当事人在采购活动中，各负其责，共同做好采购工作。如果在采购活动中，一方当事人未履行应尽义务，另一方当事人可以按照协议中规定的解决途径予以解决。

三、委托代理机构的义务

采购人与采购代理机构签订委托代理协议，实际上形成了一种委托合同关系，根据《合同法》第六十条“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”的规定，采购人与采购代理机构应当按照委托代理协议全面履行自身的义务。

采购代理机构代理权的取得是通过采购人授权的。我国的代理权分为法定代理和委托代理，二者的主要区别是代理权的取得方式上，明显这里的采购代理机构行使的是委托代理权。我国《民法通则》第六十三、第六十四条都规定代理人应当在代理权限内进行代理行为。代理人只有在代理权限范围内进行的民事活动才能被看做是被代理人的行为，由被代理人承担代理行为的法律后果。因此代理机构必须在采购人授权的范围内活动，不得超越代理权限。

【案例 2-6】

北京×瑞电气有限责任公司与北京×辰招标代理有限公司委托合同纠纷案^①

【案情简介】

一审法院审理查明：

×辰代理公司系工程招标代理机构，于 2005 年 12 月 26 日获得北京市建设委员会颁发的乙级资格证书。

2007 年，×辰代理公司与×瑞公司建立口头形式的建设工程招标代理合同关系，约定×辰代理公司为×瑞公司的厂房及附属用房项目提供招标代理服务，主要包括施工工程招标投标代理服务及监理服务招标代理。2007 年 8 月 22 日，×瑞公司与×辰代理公司向建设工程招标投标管理机构提交了招标人委托招标登记表，载明招标人为×瑞公司，×辰代理公司为招标代理机构，招标类别包括施工及监理。后×辰代理公司在×瑞公司委托的范围内办理了邀请招标、编制招标文件、开标、评标等事宜，履行了代理义务。

施工工程的中标单位为北京怀×集团有限公司，中标价格为 9 180 018 元。监理招标的中标人为北京中×工程建设监理有限责任公司，中标价格为 279 200 元。×瑞公司的中标通知书于 2008 年 2 月 21 日经招标投标管理机构受理盖章。2008 年 2 月 28 日，×瑞公司将其与中标单位已经签订的施工合同及监理合同在招标投标管理机构进行了备案。但×瑞公司此后并未向×辰代理公司支付代理费用。×辰代理公司多次进行催要，均未果。

另查明：2008 年 1 月 1 日，×瑞公司（甲方）与北京博×丰工程咨询有限公司（乙方）签订了咨询服务合同书，约定甲方将厂房及附属用房工程的标底编制委托予乙方，咨询服务费用 12 000 元，委托合同签订后即预付咨询服务 93%，交付标底文件时甲方即时付清全部咨询费用。后北京博×丰工程咨询有限公司向×瑞公司交付了编制日期为 2008 年 1 月 21 日的工程标底文件。

再查明：在一审诉讼期间，×瑞公司对×辰代理公司提供的建设工程招标代理合同第 3 页首部加盖的×瑞公司印鉴真实性有异议。后一审法院依法委托北京华夏物证鉴定中心对建设工程招标代理合同中×瑞公司印鉴与双方选定样本中印鉴的同一性进行了鉴定。华夏物鉴中心[2009]文检字第 138 号司法鉴定检验报告书显示：检材与样本印章印文不是同一枚印章盖印形成。

一审法院判决认定：首先，×辰代理公司与×瑞公司之间存有事实上的委托合同关系，双方约定由×辰代理公司为×瑞公司提供工程施工及监理招标代理服务。该口头协议系双方当事人的真实意思表示，且不违犯法律法规的强制性规定，故合法有效。合同履行过程中，×辰代理公司依约付出劳动成果，其依据×瑞公司的委托履行了组织审查评标人资格、开标、评标、定标等合同义务，完成了合同约定的委托事项。鉴于×瑞公司已在招投标工作完成后与中标单位签订了施工及监理合同，其即应及时足额向×辰代理公司支付报酬。

其次，关于报酬的数额一节，因×辰代理公司未提供充分证据对己方诉讼请求中的代理费数额予以佐证，双方亦未就费用是否协商确定达成一致，该院将遵循诚实信用及公平原则依有关政府指导价对报酬价款酌情予以确定。×瑞公司辩称×辰代理公司未提供编制标底服务，

^① 北京×瑞电气有限责任公司与北京×辰招标代理有限公司委托合同纠纷案。北大法宝：<http://www.pkulaw.cn>。

且提举了其与北京博×丰工程咨询有限公司签订的咨询合同书及该公司制作的工程标底证据予以证实。因×辰代理公司对×瑞公司此项辩称意见未提供充分证据予以反驳,该院对×瑞公司的辩称意见予以采信。最后,×辰代理公司提出×瑞公司应向其支付利息的诉讼请求,因×辰代理公司并未提供充分证据对双方之间存有合法有效的付款期限约定予以证实,双方之间即属不定期债权债务,×瑞公司应在×辰代理公司完成委托事务的合理期间内向×辰代理公司支付报酬;×辰代理公司提举的中标通知书显示,中标通知书于2008年2月21日备案前已经发放完毕,故×瑞公司应于2008年2月21日后的合理期限即两个月内向×辰代理公司支付报酬,其在未支付时即应承担利息损失。该院对×辰代理公司提出的利息主张酌情予以支持。综上,依据《中华人民共和国合同法》第六十条、第四百零五条之规定,判决×瑞公司于判决生效后10日内给付×辰代理公司报酬65178元,并按照中国人民银行同期同类贷款利率偿付自2008年4月22日始至本判决确定给付之日止本金65178元的利息。

×瑞公司不服一审法院上述民事判决,向本院提起上诉。其主要上诉理由是:首先,×辰代理公司提供的招标代理合同系伪造证据,应驳回其诉讼请求。但一审法院却判令×瑞公司承担给付义务,有失公平。其次,双方口头达成了代理关系,口头约定代理费为2万元,×辰代理公司是完全同意的。没有签订代理合同,×辰代理公司也有责任,应当承担由此产生的法律后果。最后,×瑞公司不应承担本案的鉴定费用。因×辰代理公司提供的招标代理合同经鉴定是伪造证据,应由其承担鉴定费。综上,×辰代理公司提供伪造证据,藐视法律威严,失信于×瑞公司,应当承担相应的责任,故×瑞公司同意按一审法院判决认定数额承担90%责任,即32589元。

×辰代理公司服从一审法院判决,其针对×瑞公司的上诉理由答辩称:首先,本案的招标代理合同系×辰代理公司盖章后交给×瑞公司,由×瑞公司盖章后又交给×辰代理公司的。其次,双方并未口头约定代理费数额,×辰代理公司已付出劳动,×瑞公司应支付代理费。综上,一审法院认定事实清楚、适用法律正确,应予维持。

本院经审理查明的事实与一审法院查明的事实一致。

上述事实,有×辰代理公司乙级资格证书、招标人委托招标登记表2份、招标文件备案表2份、招投标情况书面报告2份、中标通知书、合同签订备案表2份、咨询服务合同书、厂房及附属用房工程标底、[2009]文检字第138号司法鉴定检验报告书、《招标代理服务收费管理暂行办法》及当事人陈述在案佐证。

法院认为:首先,×瑞公司认可与×辰代理公司以口头形式达成了委托合同,且×辰代理公司完成了委托事项,故×瑞公司应向×辰代理公司支付相应报酬。×瑞公司主张双方口头约定的代理费为2万元,对此×辰代理公司不予认可,×瑞公司亦未能提供证据证明其主张。据此一审法院酌情确定的报酬并无不当。

其次,依照《中华人民共和国合同法》第四百零六条规定:“有偿的委托合同,因受托人的过错给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。”现×瑞公司主张因双方未签订书面合同故×辰代理公司应承担相应责任,但×瑞公司未提交证据证明×辰代理公司在处理委托事项中存在过错,故其上诉要求减半支付报酬的上诉请求不予支持。最后,依照《诉讼费用交纳办法》第五章“诉讼费用的负担”中第二十九条第二款规定:“部分胜诉、部分败诉的,人民法院根据案件的具体情况决定当事人各自负担的诉讼费用数额。”一审法院确定的当事人负担的鉴定费数额并无不当。综上所述,×瑞公司提出的上诉理由均不能成立,其上诉请求本院不予支持。一审法院认定事实清楚、适用法律正确,应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法理研究】

本案是招标代理机构和招标人没有签订书面委托代理合同产生的纠纷。案件不复杂、标的额也不大，但影响比较大，对全国招标代理机构都有警示意义。近年来招标代理机构发展很快但良莠不齐，代理市场供大于求。一些招标代理机构为了承揽招标代理项目饥不择食，在项目负责人口头允诺下即开展代理业务，对委托范围、权利、义务都没有通过书面代理合同约定，从而产生不能足额及时支付报酬的后果。

2014年之前，招标代理服务费属于政府指导价，执行《招标代理服务收费暂行办法》，2015年2月28日，国家发展改革委网站发布《关于放开建设项目专业服务价格的通知》，放开现行实行政府指导价管理的5项建设项目包括招标代理的服务价格，实行市场调节。因此，双方更有必要签订书面合同对其合法权益予以保障。实际上，没有签订书面合同对招标人也有很大风险，如有些代理机构越权代理，给招标人造成利益损失。因此本条规定对规范招标代理市场秩序很有必要。

第十七条 供应商资格条件材料

第十七条 参加政府采购活动的供应商应当具备政府采购法第二十二条第一款规定的条件，提供下列材料：

- （一）法人或者其他组织的营业执照等证明文件，自然人的身份证明；
- （二）财务状况报告，依法缴纳税收和社会保障资金的相关材料；
- （三）具备履行合同所必需的设备和专业技术能力的证明材料；
- （四）参加政府采购活动前3年内在经营活动中没有重大违法记录的书面声明；
- （五）具备法律、行政法规规定的其他条件的证明材料。

采购项目有特殊要求的，供应商还应当提供其符合特殊要求的证明材料或者情况说明。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第二十二条供应商应当具备的参加政府采购活动资格条件需提供哪些材料所做的具体规定。

《政府采购法》第二十二条规定：“供应商参加政府采购活动应当具备下列条件

- （一）具有独立承担民事责任的能力
- （二）具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度；
- （三）具有履行合同所必需的设备和专业技术能力；
- （四）有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录；
- （五）参加政府采购活动前3年内在经营活动中没有重大违法记录；
- （六）法律、行政法规规定的其他条件。

采购人可以根据采购项目的特殊要求，规定供应商的特定条件，但不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇。”

一、供应商需提供参加政府采购活动资格条件的证明材料的必要性

供应商参加政府采购活动必须具有相应的资格条件，是国际通行的做法。我国《政府采购

法》是以联合国《货物、工程和服务采购示范法》为蓝本制定的，很多内容直接源自于此。因此，了解联合国《采购示范法》的产生及其演变过程，对完善我国政府采购的法律制度具有重要的意义。联合国《采购示范法》既不是国际公约，也不是惯例。它只是一个以世界上大多数国家公共采购法律制度为基础、综合各国的制度设计和操作经验所形成的法律框架。

我国《政府采购法》在立法时，借鉴了联合国贸易委员会《货物、工程和服务采购示范法》第六条有关供应商资格条件的规定，主要体现在《政府采购法》第二十二条的规定上。但是在实践中，往往会存在有的采购人或者采购代理机构在采购文件中仅对供应商应符合第二十二条作概括性规定，资格审查形同虚设等问题。因此，本条明确了供应商在参加政府采购活动中需提交资格条件证明材料。换句话说讲，未提交具备参加政府采购活动资格条件证明材料的供应商，不具有《政府采购法》第二十二条规定的供应商参加政府采购活动的资格。

二、供应商参加政府采购活动需要的证明材料

（一）法人或者其他组织的营业执照等证明文件、自然人的身份证明

《政府采购法》第二十一条规定“供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人。”

根据《民法通则》第三十六条规定，“法人是指具有民事权利能力和民事行为能力，并依法享有民事权利和承担民事义务的组织。”包括企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人；其他组织则是指不具备法人条件的组织。主要包括合伙组织、个体工商户、农村承包经营户等；而所谓自然人是指《民法通则》规定的具有完全民事行为能力，能够承担民事责任和义务的公民。

供应商为法人或者其他组织的，应提交营业执照等证明文件，如企业法人营业执照、个体工商户营业执照等，以证明其是合法的组织形式，具有能够独立承担法律责任和法律义务的能力。自然人应提交有效的身份证明，按照现行规定和国际惯例，只有中国公民才能以自然人的身份参加我国的政府采购活动。

本条规定了供应商的主体包括“自然人”，并不表明自然人可以从事政府采购所有领域的采购活动。在政府采购实践中，自然人可以从事科研、劳务服务之类的采购活动，对于需要一定资金、设备的商品的采购，则需要具有“法人”和“其他组织”资格或者本条其他项规定的相应条件。

（二）提交财务状况报告作为依法缴纳税收和社会保障资金的相关材料

供应商要证明其自身具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度，本条第二款就要求供应商提供有财务状况报告、缴纳税收和社会保障资金的证明材料。

1. 财务状况报告是指反映企业财务状况和经营成果的书面文件

依法做出的财务状况报告包括审计的财务报告、银行出具的资信证明等，直接反映出供应商是否具有健全的财务会计制度。

2. 作为法定义务需要严格按照法律规定的程序和方式主动履行

根据《税收征收管理法》第三十一条规定“纳税人、扣缴义务人按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限，缴纳或者解缴税款。”缴纳税款既是纳税人最重要的一项法定义务，需要严格按照法律规定的程序和方式履行；同时，缴纳税款又关系

到纳税人的自身权益。由此可以说，纳税人在履行纳税义务时，不应是被动的，而应是主动的。

依法缴纳税收是纳税人、扣缴义务人依照国家法律、行政法规的规定将税款依法缴纳入库的过程，主要包括企业所得税、营业税、增值税等，纳税人、扣缴义务人应按税法规定的期限及时足额缴纳应纳税款，以完全彻底地履行应尽的纳税义务，以防止偷税漏税行为的发生。

3. 缴纳社会保障资金说明了一个企业良好的资金运行情况和商业信誉

这主要是社会保险金的缴纳。作为供应商，依法纳税和缴纳社会保障资金是应尽的义务，是起码的社会道德要求。如果这一点都做不到，说明供应商已经丧失了最基本的信誉。本法这一规定，是为了抑制一些供应商依靠偷逃税款、逃避缴纳社会保障资金等手段降低成本的行为发生，是从源头上促进公平竞争的措施之一。

（三）履行合同所必需的设备和专业技术能力的证明材料

为了保证政府采购活动的顺利开展，政府采购合同的顺利履行，供应商应提供履行合同所必需的设备和专业技术能力的证明材料，这是保质保量完成政府采购项目必备的物质和技术基础。

（四）参加政府采购活动前3年内在经营活动中没有重大违法记录的书面声明

本项提出了“参加政府采购活动前3年内”这一时间要求，一是，表明是否有重大违法记录，是衡量一个企业信誉的重要标准，对于重大违法记录，本《条例》第十九条有明确的规定，“重大违法记录是指供应商因违法经营受到刑事处罚或者责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚。”；二是，仍然给有违法行为记录的供应商参与政府采购活动的机会，只是要有3年间隔期，并不是永远不能参加政府采购活动。

（五）具备法律、行政法规规定的其他条件的证明材料

本项包含的内容较多，如要符合国家的产业政策，要履行环保义务，要保护妇女和残疾人利益等。凡是不符合国家规定和要求的供应商，一律不得参加政府采购活动。

（六）特殊供应商的特别要求

对于采购项目还有特殊要求的，国家还有特别要求供应商提供符合特殊要求的证明材料或者情况说明。例如，建筑行业的供应商，应当提供建筑资质证书。至于这些特定条件，应根据采购项目的特殊性而定，有的项目对供应商有资质要求，有的项目有特种设备要求，有的项目有财务状况要求或者特殊专业人才要求等。本条虽然允许采购人对供应商提出特定条件，但采购人不得通过设定特定资格要求来妨碍充分竞争和公平竞争，制造人为的歧视政策。

【案例 2-7】

中华人民共和国政府采购信息公告^①

（第 217 号）

【媒体信息】

根据《政府采购信息公告管理办法》(财政部令第 19 号)的相关规定，现将本机关对“普通发

^① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第 217 号。财政部网站：<http://www.mof.gov.cn>。

票定点印刷服务招标”采购项目（编号：KWAD5G2014109）投诉案做出处理决定公告如下：

一、相关当事人名称

投诉人：桂林鑫×票证印刷有限公司

地 址：广西桂林市桂磨大道桂林国家高新区英才科技园×区×号

被投诉人一：××国家税务局

地 址：广西南宁市原湖南路×号

被投诉人二：广西科×招标有限公司

地 址：广西南宁市民族大道×号中鼎万象东方×区×层

二、基本情况

投诉人对被投诉人做出的质疑答复不满，向本机关提起投诉。主要投诉事项为：（1）中标供应商柳州市××印刷厂在招标文件中故意隐瞒正在被税务机关税务稽查的重大事实，违反了《政府采购法》第22条的规定，不具备投标人资格。（2）广西科×招标公司未履行“告知质疑人投诉权利”的义务，代理服务欠缺专业性，其编制的招标文件具有明显倾向性和歧视性。本机关依法受理，于2014年12月1日做出投诉处理决定。

三、处理结果

经审查，本机关做出处理决定如下：关于投诉事项（1）经稽查单位××市国税局和稽查上级单位××国税来函证实，到开标截止时间，稽查没有结束，也没有发现重大违法行为，投诉没有事实依据。关于投诉事项（2）本案为中央预算项目，《政府采购法》和财政部对中央预算政府采购活动的各项规定中，已经明确质疑人有对采购人、采购代理机构的答复不满可以向同级政府采购监督管理部门投诉的权利，但没有明确规定代理机构有“告知质疑人投诉权利”的义务。此外，经审查××国税和科×招标公司对评分细则的情况说明及评标报告中评标委员会的打分情况，不存在招标文件具有明显的倾向性和歧视性的情形。根据《政府采购供应商投诉处理办法》（财政部令第20号）第17条第二项的规定，投诉事项缺乏依据，驳回投诉。

【法理研究】

根据《政府采购法》第二十一条规定，“供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人。”供应商是参与政府采购活动的主要当事人，供应商除了应当具备《政府采购法》第二十二条规定的法定的资格条件外，在实践中为了避免供应商拥有虚假的资格条件，本《条例》还补充到供应商需要提供相关的证明材料以供证明其满足法定的资格条件。例如，财务状况报告，依法缴纳税收和社会保障资金的相关材料。

在本案当中，投诉人提出的投诉理由之一就是，中标供应商柳州市××印刷厂在招标文件中故意隐瞒正在被税务机关税务稽查的重大事实，不具备投标人资格。那么就需要中标供应商柳州市××印刷厂提供相关的财务状况报告进行说明，以证明其具有参与政府采购的资格条件。

第十八条 对供应商的限制

第十八条：单位负责人为同一人或者存在直接控股、管理关系的不同供应商，不得参加同一合同项下的政府采购活动。

除单一来源采购项目外，为采购项目提供整体设计、规范编制或者项目管理、监理、检测等服务的供应商，不得再参加该采购项目的其他采购活动。

【条文释义】

本条是对关联供应商以及存在利益冲突的供应商不得参加同一合同项下的政府采购活动的限制性规定。如果允许关联供应商参加采购活动，就会使体现竞争属性的采购活动完全失去意义，丧失了该项活动公平的基本原则。

一、存在关联关系的供应商不得参加同一合同项下的政府采购活动

所谓关联关系其具体情形为不同供应商之间存在三种关系：单位负责人为同一人、存在直接控股、存在管理关系。

（一）单位负责人为同一人

《会计法》第五十条规定：“单位负责人，是指单位法定代表人或法律、行政法规规定代表单位行使职权的主要负责人。”由此，可理解为单位负责人主要包括两类人员：一是单位的法定代表人，即是指依法代表单位行使职权的负责人，如公司制企业的董事长、国有工业企业的厂长；二是按照法律、行政法规规定代表单位行使职权的负责人，是指依法代表非法人单位行使职权的负责人，如合伙企业执行合伙企业事务的代表合伙人。

（二）存在直接控股、管理关系的不同供应商

（1）直接控股关系。所谓直接控股关系表现为一方供应商为另一方供应商的控股股东，有权直接决定、支配公司的经营管理事项。

（2）直接管理关系。其表现为一方供应商通过投资、协议或者其他安排，能够实际支配公司经营管理事项的公司的实际控制人。

二、为采购项目提供过服务的供应商不得再参加该项目的其他采购活动

这里的“参加”一般是指有合同关系的商业行为；这里的“其他采购活动”，不包括供应商为该项目提供整体设计、规范编制或者项目管理、监理、检测等服务，也就是意味着，供应商可以同时为采购项目提供上述服务内容。

《条例》第十八条是对关联供应商及其存在利益冲突的供应商参加同一合同项目政府采购活动的限制性规定，是为体现《政府采购法》第三条对参加政府采购活动的供应商所做的原则性规定，即应遵守公平竞争的原则。该条第二款的立法本意是：为采购项目提供整体设计，规划编制服务，提供管理监理检测服务的供应商与其他采购活动的供应商不是处于同等条件下的竞争，违反了公平竞争的原则。

但是，“其他采购活动”指为采购项目提供整体设计，规划编制和项目管理监理、检测等服务之外的采购活动，“其他采购活动”不包括上述列举内容的活动。因此，同一供应商可以参加上述服务工作的全部或部分项目的投标。实践证明，做了前期规划设计的供应商再去做监理检测等工作更有利于整个项目按照前期规划的总体意图和设计理念科学管理。

2015年9月7日，财政部办公厅针对《条例》十八条第二款的法律适用以财办库〔2015〕295号文复函就此问题请示的深圳市财政委员会，复函中对“其他采购活动”作了上述内容相同的解释，明确“同一供应商可以同时承担项目的整体设计，规划编制和项目管理、监理、检测等服务。”

【案例 2-8】

参与项目总体规划的供应商能否参加同一项目的监理

2015 年 4 月，某地“区域卫生信息化项目监理”政府采购项目，因为对《条例》第十八条第二款理解存在分歧而引发争议。该项目评审中，一家投标供应商前期参与过该“区域医疗卫生信息平台”总体规划方案编制。对此，专家评审委员会认为，《条例》第十八条第二款中的“其他采购活动”是指该供应商已参加同一项目的其他任何采购活动。据此，该供应商不能参加“区域卫生信息化项目监理”的投标，并取消了其投标资格。事后，该供应商向采购代理机构提出质疑，又因对代理机构组织的复评及答复不满，向当地财政局投诉。当地财政局经调查取证，并征求了律师及专家意见，认为该项目评审专家对《条例》第十八条第二款的理解与立法本意不符，最终决定，投诉的供应商具备参加该“区域卫生信息化项目监理”的资格，该项目此前的中标，成交结果无效，应重新组织招标采购活动。

【法理研究】

本条两款对供应商资格的限制其目的就是本着公平公正的原则，防止上述人员之间业已存在的关联关系和某种程度的利益联结，影响政府采购过程中的严肃性和公正性，保证供应商拥有公平竞争的机会。但是，本案中，由于对“其他采购活动”理解的歧义，评审委员会做出了误判。

有专家指出，这就像是一场考试，命题者如果参加同一科目考试，显然对其它考生不公平，但是，命题者如参与判卷等工作，由于其对命题意图和考点的理解，反而有利于公正客观地对考生进行客观的评价。所以，本案地方财政局以及财政部办公厅的复函对此做了正确的解释和处理。

本案的意义不仅在于纠正了个别错案，它 also 从一个侧面反映出政府监督管理部门对评审专家培训和考核的重要性，有关部门应在加强对集中采购机构及其工作人员培训考核的同时也应研究制定对评审专家的考核规则并使其制度化。

第十九条 明确重大违法记录的范围和解除

第十九条 政府采购法第二十二条第一款第五项所称重大违法记录，是指供应商因违法经营受到刑事处罚或者责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚。

供应商在参加政府采购活动前 3 年内因违法经营被禁止在一定期限内参加政府采购活动，期限届满的，可以参加政府采购活动。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第二十二条第一款第五项的解释以及供应商禁止参加采购活动时间届满之后的权利。

一、重大违法记录之内涵

《政府采购法》第二十二条第一款第五项要求供应商：“参加政府采购活动前 3 年内，在经营活动中没有重大违法记录；”这是供应商参加政府采购活动应具备的基本条件之一，但是本条款中并没有对重大违法记录做出明确的规定，在实践中，有关部门往往存在操作尺度不一，标准混乱等问

题。其关键在于对时间节点的计算及对事件性质的认定，而这是依法做出投诉处理决定的前提。

1. 关于“前3年”时间节点的计算

广义的政府采购活动包括预算编制、市场调研、计划报送、组织采购及履约验收及资金拨付等多个环节，不同的采购当事人从不同的环节参与到采购活动中。

从合同法角度看，根据《合同法》第十四条、第十五条规定，发布招标公告，属于要约邀请，是希望他人向自己发出要约的意思，其对象是不确定的，具有广泛性，只是订立合同的预备行为。因投标文件才属于要约，是投标人发出希望与采购人订立合同的意思表示，具有缔结合同的目的，投标人意思表示此时才正式受到法律约束。

因此，当事人才算正式“参加政府采购活动”，进入开标评标环节，故应以此往前推算。而购买招标文件等行为只能算是为发出要约所做的前期准备工作，仅仅是其欲参加政府采购活动的一个外在行动表示。

2. 关于“经营活动”的界定

法律的生命不在于逻辑，而在于经验。因《公司法》等相关法律未对“经营活动”有一个明确的界定，其内涵与外延有待于从常识及经验进行判断。

《新华字典》对“经营”的若干解释中，只有“筹划并管理（企业等）”与此比较贴切。以上市公司的信息披露行为为例，其直接与证券发行及证券交易相关，而证券发行及证券交易必然使筹资者与投资者、监管部门、服务机构、中介机构等之间发生错综复杂的法律关系，故信息披露明显属于经营活动的范畴。

而从另一个角度看，根据《证券法》第六十九条和第一百九十三条规定，上市公司违反信息披露义务的，不仅要受到监管部门的行政处罚，还要承担相应的民事赔偿责任。而《刑法》第一百六十一条规定，对信息披露违法情节及后果严重的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员还将课以刑罚处罚。

因此，上市公司的信息披露义务并不仅仅是证监部门对上市公司内部管理的特殊要求，还涉及上市公司经营活动的民事责任和刑事责任。故此信息披露亦可以被认为属于“经营活动”。

3. 关于“重大违法记录”的界定

我国《行政处罚法》第四条明确了行政处罚“过罚相当原则”，从第四十二条对较大数额罚款举行组织听证的规定可知，对于“罚款”这一类的行政处罚，只有在有重大违法行为的前提下，该违法行为才会被课以较大数额的罚款，也才会进入“听证程序”。故而从处罚轻重的程度也可以反推案涉违法行为是否属于“重大违法”。

因此，在本《条例》中对重大违法记录进行了明确的界定，有利于解决实践中的操作问题。

二、重大违法记录之外延

所谓重大违法记录的要件，一是供应商存在违法经营行为，二是该行为后果是刑事处罚或者是上述三种严重行政处罚：责令停产停业、吊销许可证或者吊销执照。其中，是否重大的解释由低阶法规予以解释。

1. 供应商因违法经营受到刑事处罚

供应商的违法经营具有社会危害性，其触犯了我国《刑法》的相关罪名，受到刑事处罚，自在此谓重大违法之列。诸如采取虚报资格等手段骗取政府采购合同等，再例如扰乱市场秩序

罪、生产、销售伪劣商品罪、走私罪等。

2. 供应商因违法经营活动受到行政处罚

行政处罚是行政机关依法实施管理,以维护社会秩序和公共利益,保护公民和组织合法权益的重要手段。我国拥有行政处罚权的行政机关遍布各级人民政府,许多法律、行政法规、地方性法规和规章中对行政处罚多有规定。

所谓供应商因违法经营活动受到行政处罚主要包括:责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额的罚款,针对上述较大数额的罚款,各地方、各部门的规定有所不同,在实践中,要判断是否属于较大数额的罚款,要根据具体行政处罚案件的实际情况来加以确定。

三、供应商禁止参加政府采购活动的解除条件

供应商在参加政府采购活动前3年内,因违法经营被禁止在一定期限内参加政府采购活动的,期限届满后,不受《政府采购法》第二十二条第一款第五项所规定的重大违法记录条件的限制,可以参加政府采购活动。

政府采购监督管理部门已经对违法的供应商做出期限限制,具有很强的惩戒性。因此,法律没有必要永远剥夺有关符合资格条件的供应商参加政府采购活动。

【案例 2-9】

“未发现”并不等于“不存在”^①

【案情简介】

2009年8月,某省政府采购代理机构组织完一办公用纸项目的招标后,收到未中标供应商H公司的质疑函。H公司在质疑函中称,此次采购的中标人Q公司不满足《政府采购法》第二十二条的要求。因此,不应该成为此项目的中标供应商。质疑函中指出,2008年7月,该公司由于管理不善,造成在车间工作的工人死亡。通过进一步调查,了解到,Q公司并没有重大过失,而且在发现工人癫痫病发作后,还打了急救电话,全力协助抢救。Q公司出现的这种情况不算重大违法记录。

但是H公司又发出了质疑函:Q公司在2007年11月因非法吸收公众存款罪而受到过处罚。经查,Q公司确实因非法吸收公众存款罪而受到处罚。因而,Q公司不应成为该项目的中标供应商。

【法理研究】

根据《政府采购法》第二十二条第一款第五项的规定,供应商参加政府采购活动的法定条件之一就是,参加政府采购活动前3年内,在经营活动中没有重大违法记录。所谓的重大违法记录,根据本《条例》的规定,也即,供应商因非法经营活动受到刑事处罚或者责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚。对重大违法记录做出的具体界定,在实践中比较容易把握,避免对重大违法记录存在不同的解释和认定,保证了对供应商资格认定的准确性和合法性。

而在本案当中,Q公司在2007年(参加政府采购活动3年内)曾经因非法吸收公众存款罪受到刑事处罚,属于本条规定的重大违法行为。因此,此次采购活动是在2009年,还未超

^① 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京: 中国金融出版社, 2011 年第1版.

过3年，不得再参加此次的政府采购活动。

第二十条 对供应商实行差别待遇或歧视待遇的具体情形

第二十条 采购人或者采购代理机构有下列情形之一的，属于以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇：

- （一）就同一采购项目向供应商提供有差别的项目信息；
- （二）设定的资格、技术、商务条件与采购项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关；
- （三）采购需求中的技术、服务等要求指向特定供应商、特定产品；
- （四）以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项作为加分条件或者中标、成交条件；
- （五）对供应商采取不同的资格审查或者评审标准；
- （六）限定或者指定特定的专利、商标、品牌或者供应商；
- （七）非法限定供应商的所有制形式、组织形式或者所在地；
- （八）以其他不合理条件限制或者排斥潜在供应商。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第五条、第二十二条第二款的细化，“任何单位和个人不得采用任何方式，阻挠和限制供应商自由进入本地区和本行业的政府采购市场。”“采购人可以根据采购项目的特殊要求，规定供应商的特定条件，但不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇。”

在实践中，采购人为了维护本地区、本部门的利益或者为了谋取不正当的利益，往往会出现以各种违法手段来限制、排除潜在供应商的行为。为了保障供应商能够公正、平等的参与政府采购活动，本条对采购人相关的违法行为进行列举，在实践中比较容易把握，有利于形成规范、有序、统一的市场秩序。本条规定和《招标投标法实施条例》第三十二条基本相同，只是增加了第三项的内容。

一、项目信息的有差别提供

公开透明是政府采购的原则之一，根据《政府采购法》第十一条的规定，涉密的除外，政府采购项目信息应当及时向社会公开。

采购人或者采购代理机构就同一采购项目向供应商提供有差别的项目信息，主要目的是为了限制、排除潜在的供应商参加到此次的采购项目之中，主要表现在政府采购公告发布、现场踏勘、投标预备会、招标文件的澄清修改以及投标文件的澄清说明等环节之中。

所得信息的差别化对潜在供应商编制投标文件等活动也造成了实质性的影响，导致供应商在参加政府采购活动中的竞争基础不平等，削弱了供应商公平竞争的环境。

二、设定条件与采购项目特点的关系

采购人、采购代理机构可以在采购文件或者采购公告中，明确要求供应商应具备的资格、技术、商务条件，但不得与采购项目的具体特点、实际需要或者合同履行无关，必须在符合采购项目具体特点、实际需要或者与合同履行有关的框架内，不得盲目、随意设定某些条件而排斥潜在的合格供应商。

如有的采购人在招标采购文件的资格条件中要求采购人应当获得“三八红旗手”资格；有的采购人在采购教学仪的采购文件中要求采购人应当具备 5000 万注册资本金、二级机电设备安装许可等，都属于违法行为。

《政府采购促进中小企业发展暂行办法》（财库〔2011〕181 号）中规定，“政府采购活动不得以注册资本金、资产总额、营业收入、从业人员、利润、纳税额等供应商的规模条件对中小企业实行差别待遇或者歧视待遇。”可见，不得以供应商的规模条件设定为限制条件。

在实践中，某些采购人有时会根据自身的喜好或者某些不正当的利益，在采购需求中，通过技术、服务条件“量身定做”，设置相应条件，指向特定的供应商或者产品。鉴于招标采购的技术属性，有时社会公众和监督部门难以识别，从而达到排斥其他供应商的目的。这种做法限制了供应商的公平竞争，也极易滋生腐败问题。

如某省财政厅为乡镇卫生院采购一批电脑，技术条件设置为大于等于 17 吋一体式电脑，该规格的电脑全国只有一家生产，从而达到其指向特定供应商的目的，这种行为往往伴随着腐败。

三、对特定行政区域或特定行业的业绩、奖项的考虑

以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项来作为加分条件或者中标、成交条件的这种做法，将会把特定行政区域或者特定行业以外的潜在的合格供应商排除在外，是一种变相的阻挠或者限制供应商自由进入本地区或者本行业的政府采购市场的行为。故而被认为是一种地方保护主义、行业封锁的表现形式，是一种在政府采购中限制公平竞争的行为，自应当予以禁止。

不得以特定行政区域的业绩、奖项作为加分条件或者中标条件，对于全国性的业绩、奖项是否可以作为加分条件，如鲁班奖等，由部门规章规定。《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（建设部 2001 年令 第 89 号）第四十一条就规定“以评分方式进行评估的，对于各种评比奖项不得额外计分。”

财政部关于加强政府采购货物和服务项目价格评审管理的通知（财库〔2007〕2 号）文中第四条公开评审方法和评审因素中规定：“投标人的资格条件，不得列为评分因素”是指供应商如果有单位资格认证要求，如甲级设计院，乙级监理公司等，不能设置甲级 5 分，乙级 4 分等规定，但构成资质条件的业绩除了本款规定的限制外，可以设置分值标准，因为供应商的合理业绩体现其履约合同的能力。

还需要注意的是，不得以特定行政区域的业绩作为加分条件或者中标条件，但并不排斥特定区域项目的特殊性产生对投标人的特殊要求，实践中对于建设场址位于高海拔、冻土等独特地理环境和自然条件的项目，确有必要将特定区域或特定项目的业绩作为加分条件或者中标条件。如在西藏海拔 3500 米修建一民用机场，不能要求投标人必须在西藏修建过海拔 3500 米以上机场的，但可以要求曾修过海拔 3500 米以上机场的业绩作为加分条件或者中标条件。

四、对供应商采取不同的资格审查或者评审标准

在实际的资格审查或者评审过程中，对不同的供应商采取不同的资格审查或者评审标准，如其一，在资格审查文件、采购文件中载有倾向性的或者有排除性的要求；其二，要求外地潜在投标人项目经理必须具有一级建造师资格，本地企业的项目经理可以由二级建造师担任；其三，对合作过的供应商和新参与的供应商采用不同的资格审查或者评审标准等。

五、限定或者指定特定的专利、商标、品牌或者供应商

主要体现在采购公告、资格预审文件或者采购文件中，采购人、采购代理机构对专利、商标、品牌或者供应商进行限定或者指定。

在实践中，采购人、采购代理机构往往会倾向于采购过去已经使用并熟悉的特定专利、商标、品牌或供应商，这虽然是人之常情，但难以保证公平竞争。例如，若是采用招标的方式进行采购，限定或者指定特定的专利，必然造成规避招标的后果；限定或者指定特定的商标、品牌或供应商，必然会对其他潜在投标人造成不公平对待。

由于信息不对称，采购人、采购代理机构已经使用或熟悉的专利、商标、品牌或者供应商也不一定是最好的。如果必须引用某一特定的不可替代的专利、商标、品牌或者供应商才能满足采购需求，应当在这一供应商的名称前面加上“参照或相当于”的字样，以体现公平性。这相当于某品牌的技术参数而不是指定商品，二者有本质的区别。

六、非法限定供应商的所有制形式、组织形式或者所在地

在我国，所有制形式分为公有制和非公有制；参与商品交换组织形式则分为自然人、法人、其他组织。

在我国社会主义市场经济条件下，依法成立的各种公有制供应商、非公有制供应商、各种组织形式的供应商都是市场经济活动的主体，国家鼓励和支持非公有制经济的发展，不断缩小东西部之间的经济发展差距。因此，采购人、采购代理机构不得以任何理由来非法限定供应商的所有制形式、组织形式以及所在地。

需要指出的例外情形是，根据《保守国家秘密法》及其《实施条例》的相关规定，为了维护国家的安全，对于特定政府采购项目，依法限定供应商的所有制形式、组织形式和所在地是必要的。

七、以其他不合理条件限制或者排斥潜在供应商

在实践中，往往还存在很多以不合理条件限制或者排斥潜在供应商的情形：以各种借口阻挠供应商取得资格预审文件或者采购文件的；要求供应商缴纳不合理的活动费用或者超比例的保证金等。该项规定也为低阶法规针对本地区对上述行为的具体表现的界定留下了立法空间。

【案例 2-10】

指定“酵母型”是否属于限制性条款^①

【案情简介】

某疾病控制中心采购一批用于新生儿接种的乙肝疫苗。根据生产工艺不同，乙肝疫苗分为“酵母型”和“细胞型”两种。采购人提出要“酵母型”，不要“细胞型”，理由是“酵母型”安全、无毒副作用，以保证新生儿安全。

招标公告发布后，生产“细胞型”乙肝疫苗的供应商 H 公司提出质疑。H 公司认为，此次采购指定只采购“酵母型”属于限制性条款，违反《政府采购法》的相关规定，对“细胞型”供应商有失公平。H 公司向采购代理机构提出质疑后，又向当地财政部门提出了投诉。

^① 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京：中国金融出版社，2011 年第 1 版。

当地财政部门向卫生部了解如何认定“乙肝疫苗安全、无毒副作用”时，得到的答复是只要进入《中华人民共和国药典》的都是经过长期实验论证的，都是安全有效的。因此，采购代理机构只选用“酵母型”的乙肝疫苗的做法是不妥当的。

【法理研究】

采购人、采购代理机构和供应商都是政府采购活动的当事人，但是在政府采购过程中，采购人、采购代理机构明显处于优势地位，编制采购文件、确定中标、成交供应商等，因此，在实践中就会存在以各种不一样的手段，对供应商实行恶意的差别待遇或者歧视待遇，谋取某一特定的供应商获得中标、成交的机会或者恶意偏袒某一特定供应商，结果往往会造成供应商之间的不公平竞争，严重危害到采购活动的公开、公正性。因此，有必要对“属于以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇”的情形进行界定，以此来准确把握实践中可能出现的此种情形，进而规避此种行为的发生。

本案当中，采购人只采购“酵母型”的乙肝疫苗而不要“细胞型”的乙肝疫苗的做法属于“采购需求中的技术、服务等要求指向特定供应商、特定产品”这一款项。因此，属于采购人以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇。

第二十一条 关于供应商资格预审的规定

第二十一条 采购人或者采购代理机构对供应商进行资格预审的，资格预审公告应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。已进行资格预审的，评审阶段可以不再对供应商资格进行审查。资格预审合格的供应商在评审阶段资格发生变化的，应当通知采购人和采购代理机构。

资格预审公告应当包括采购人和采购项目名称、采购需求、对供应商的资格要求以及供应商提交资格预审申请文件的时间和地点。提交资格预审申请文件的时间自公告发布之日起不得少于5个工作日。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第二十一条资格审查中的资格预审做了补充规定。

《政府采购法》第二十三条规定：“采购人可以要求参加政府采购的供应商提供有关资质证明文件 and 业绩情况，并根据本法规定的供应商条件和采购项目对供应商的特定要求，对供应商的资格进行审查。”

一、依法发布资格预审公告

1. 公告应符合法定内容要求

本条第二款规定了公告的内容为：“资格预审公告应当包括采购人和采购项目名称、采购需求、对供应商的资格要求以及供应商提交资格预审申请文件的时间和地点。”因此，资格预审公告的内容包括：采购人和采购项目名称、采购需求、对供应商的资格要求、供应商提交资格预审申请文件的时间和地点。资格预审公告的内容应当尽量做到准确、完整、详尽。

2. 发布公告的程序须合法

本条第一款在采购程序上明确了资格预审公告的法定媒体，即省级以上人民政府财政部门

指定的媒体上。这样一是有利于使公众及时准确地获取相关信息，体现公益性；二是提高信息披露的权威性；三是信息载体相对固定，方便信息的传播。

二、不再对供应商进行资格审查的规定

同联合国《贸易示范法》规定不同，我国的《贸易示范法》规定，供应商或承包商已通过资格预审的，采购实体可以要求其按照原来对其进行资格预审时使用的同样标准再次证明资格。供应商或承包商凡未能按要求再次证明资格的，采购实体应当取消其资格。

我国《条例》规定，已进行资格预审的，评审阶段可以不再对供应商资格进行审查。由于在评审阶段之前，所有的供应商均已进行资格预审的，可以在评审阶段将资格审查程序省略，以提高审查效率，缩短评审时间，避免重复工作，节约国家资源。

三、供应商的通知义务

资格预审合格的供应商在评审阶段资格发生变化的，应当通知采购人和采购代理机构。根据上述，在评审阶段之前已进行资格预审的，评审阶段可以不再对供应商资格条件进行审查，但若是供应商在评审阶段其资格条件发生变化，可能会导致变化后的资格条件不能满足参加政府采购活动的资格条件要求，也就是不符合《政府采购法》第二十二条的相关规定，那么应当通知采购人、采购代理机构，这是供应商的一项法定义务，否则将承担相应的法律责任。

四、提交资格预审申请文件的时间

提交资格预审申请文件的时间自公告发布之日起不得少于5个工作日，使潜在的供应商能够及时、准确的获得资格预审信息，给供应商较为充足的时间做准备。若是将时间规定的过短，不利于供应商及时提交资格预审申请文件；若是将时间规定的过长，将会影响工作效率。

但是需注意与《招标投标法实施条例》程序的区别：一是起始点不同，招标资格预审提交申请文件的起始点是自资格预审文件停止发售之日起，本《条例》规定的供应商资格预审提交申请文件的起始点是自公告发布之日起；二是预审时限不同，招标预审时限为5日，采购预审时限为5个工作日。二者有很大的区别。本《条例》对资格审查委员会的组成、审查文件等没有如《招标条例》一样做进一步规定。

【案例 2-11】

中华人民共和国政府采购信息公告^①

（第 262 号）

【案情简介】

根据《政府采购信息公告管理办法》(财政部令第19号)的相关规定，现将本机关对“中国地震应急搜救中心综合楼物业管理”采购项目（招标编号：GC-FG140545）做出的监督检查处理决定公告如下：

一、相关当事人名称

当事人：中国××应急搜救中心

^① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第 262 号。财政部网站：<http://www.mof.gov.cn>。

地 址：北京市石景山区玉泉西街×号

当事人：××政府采购中心

地 址：北京市西城区西直门内大街西章胡同×号院×号楼

当事人：北京信×联物业管理有限公司

地 址：北京市朝阳区北辰西路×号院

二、基本情况

中国××应急搜救中心（以下称“××搜救中心”）认为“中国××应急搜救中心综合楼物业管理项目”中标单位北京信×联物业管理有限公司（以下称“信×联物业公司”）的诚信与履约能力，向我部提请监督检查，申请不与信×联物业公司签订合同。具体为：依据政府采购法第二十三条赋予的权利，××搜救中心向信×联物业公司发函，要求提交相关财务资料，信×联物业公司对绝大部分资料不予提供。本机关依法受理，于2015年3月13日做出监督检查，就××搜救中心认为“中国××应急搜救中心综合楼物业管理项目”中标单位信×联物业公司的诚信与履约能力，向我部提请监督检查，申请不与信×联物业公司签订合同。具体为：依据政府采购法第二十三条赋予的权利处理决定。

三、处理结果

经审查，本机关做出处理决定如下：

1. ××搜救中心在招标前已对《采购公告及采购文件审批表》进行了盖章确认，表明其对本项目采购文件中关于财务审计要求的内容予以认可；同时，××搜救中心在评标后又对《评标结果确认书》进行了盖章确认，表明其已对本项目的评审结果予以认可。

2. 《中华人民共和国政府采购法》第二十三条中规定的对供应商资格进行审查的内容，主要是针对政府采购评审阶段，而本项目已经进入合同签订阶段，采购人不得再以本条款为依据要求供应商提供有关材料。因此，××搜救中心在合同签订阶段要求信×联物业公司提供相关材料没有法律依据。

3. 根据《中华人民共和国政府采购法》第四十六条的规定，采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起30日内，按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。××搜救中心未在法定期限内与中标人签订采购合同，属于《中华人民共和国政府采购法》第七十一条第六项规定的违法情形。

根据《中华人民共和国政府采购法》第七十一条的规定，责令××搜救中心就未在法定期限内与中标人签订采购合同的行为进行整改。

【法理研究】

根据《政府采购法》第二十三条的规定“采购人可以要求参加政府采购的供应商提供有关资质证明文件和业绩情况，并根据本法规定的供应商条件和采购项目对供应商的特定要求，对供应商的资格进行审查。”进而，本条款就对供应商资格预审的程序性问题做出了明确的规定，包括资格预审公告、公告内容以及提交资格预审文件的时间等。在本条款中，增加了对供应商资格预审的主体——采购代理机构，采购人、采购代理机构对供应商进行资格预审并不是一项法定的强制性义务，而是一项任意性的义务，用“可以”对该义务进行限定。而且，采购人、采购代理机构对供应商进行资格预审，主要是在政府采购的评审阶段，而不是在进入合同签订阶段。

第二十二条 联合体要求

第二十二条 联合体中有同类资质的供应商按照联合体分工承担相同工作的,应当按照资质等级较低的供应商确定资质等级。

以联合体形式参加政府采购活动的,联合体各方不得再单独参加或者与其他供应商另外组成联合体参加同一合同项下的政府采购活动。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第二十四条联合体投标的细化和补充。《政府采购法》第二十四条规定,“两个以上的自然人、法人或者其他组织可以组成一个联合体,以一个供应商的身份共同参加政府采购。

以联合体形式进行政府采购的,参加联合体的供应商均应当具备本法第二十二条规定的条件,并应当向采购人提交联合协议,载明联合体各方承担的工作和义务。联合体各方应当共同与采购人签订采购合同,就采购合同约定的事项对采购人承担连带责任。”

一、允许以联合体形式参与政府采购活动的必要性

法律上允许以联合体的形式参与政府采购活动,可以提高采购质量、加快采购完成速度、保障采购理想效果的实现。例如,对于涉及不同专业、情况复杂、耗时很长的采购项目,仅仅只靠一家供应商是很难完成的,需要供应商以联合体的形式参与到政府采购活动当中,强强联合、弥补不足,增强供应商的履约能力,更好地为政府采购活动服务。

原财政部条法司司长、《政府采购法》起草工作组副组长王家林接受《中国政府采购报》记者采访时表示:“在政府采购实践中,允许供应商以联合体形式参加政府采购活动,十分必要。”王家林认为,允许联合体投标至少出于4点考虑:一是考虑到政府采购项目通常为批量性项目,规模较大,一家供应商难以独立完成。二是考虑到让少数供应商中标政府采购项目容易形成垄断,造成不公平,因此,希望通过供应商组成联合体的形式,适度分散商业机会,让更多企业受益。三是考虑到政府采购项目通常为复合型项目,如网络系统建设项目里,既有像软件开发这样的服务类内容,也有像硬件购买这样的货物类内容,需要多个供应商联合完成。四是考虑到对中小企业的扶持,因为中小企业一般很难独立拿到政府采购合同,组成联合体,在能力上形成互补,可以提高竞争能力。

二、联合体资格等级的认定

本条第一款是关于联合体资格等级的认定条款。

联合体中有同类资质的供应商按照联合体分工承担相应工作的,即按照协议分工确定资质,如某公路项目包括有隧道、桥梁和路面且都需要一级资质。某联合体有三家企业分别具有隧道一级、桥梁一级和路面一级资质。依据投标文件中协议分工的约定,三家企业分别履行各自具有资质的专业,即隧道一级承担隧道项目、桥梁一级承担桥梁项目、路面一级承担路面项目,这种联合体的资质是合格的。所谓相应资质是指协议分工的资质,而不是要求三家企业同时具有三个资质。

联合体中有同类资质的供应商按照联合体分工承担相同工作的应当按照资质等级较低的供应商确定资质等级。如上例,三家企业都承担隧道工程,甲企业一级、乙企业二级、丙企业

三级，因此，联合体隧道的业绩评价是三级。资质等级确定的“就低”原则，不仅可以保障采购的质量和效果，也便于与《招标投标法》及其《条例》实现法律衔接。

三、以联合体形式参加政府采购活动的限制性规定

联合体各方不得单独参加或者与其他供应商另外组成联合体参加同一合同项下的政府采购活动。主要表现在：

- (1) 联合体各方以自身的名义参加同一合同项下的政府采购活动；
- (2) 联合体各方与其他供应商组成一个新的联合体参加同一合同项下的政府采购活动。

此两种行为均将导致联合体的投标行为归于无效。因此，法律上对此做出禁止性的规定，以防止供应商滥用联合体形式，出现严重的围标、串标等问题。

【案例 2-12】

一个公司岂能参与两个联合体投同一个标^①

【案情简介】

2007 年 7 月，受采购人的委托，某招标公司发布公开招标公告，就其所需视频系统设备项目进行采购。2007 年 8 月 7 日，招标公司发布中标公告，A、B、C、D 4 家公司组成的投标联合体中标。采购人在中标结果公布一周后，与投标联合体的代表签订了采购合同。

但是该联合体迟迟不履行合同内容，于是，采购人把招标公司及 A、B、C、D 4 家公司“告”到了当地财政部门。当地财政部门调查发现，A、B、C、D 4 家公司组成的投标联合体的投标文件中并没有他们共同投标协议。与此同时，在这次招标中，C 公司除了与 A、B、D 三家公司组成投标联合体参与该项目外，还与 E、F、G、H 4 家公司组成联合体参与了该项目的投标。最终，当地财政部门对招标公司进行了警告和罚款。

【法理研究】

《政府采购法》中明确规定了，两个以上的自然人、法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个供应商的身份共同参加政府采购。政府采购合同的参与主体应当是联合体各方，而不是单独一个供应商，因此单独的供应商无权作为一方当事人与采购人签订采购合同，合同主体不合法，合同也会归于无效。单独的供应商也无权独自参加或者与其他供应商另外组成一个新的联合体参加同一政府采购活动。也就是说，供应商一旦与其他供应商结成了联合体参与到政府采购活动当中，就无法单独再以自身的名义或者参与到另外一个新的联合体中来参与同一政府采购活动。

因此，本案当中，A、B、C、D 4 家公司组成一个联合体参与到此此次视频系统项目的采购当中，是符合法律规定的，但是 C 公司又以单独的身份与另外 4 家公司 E、F、G、H 组成联合体参与到同一个政府采购活动中，这种行为就是违反法律规定的，是需要受到法律追究的。

^① 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京：中国金融出版社，2011 年第 1 版.

参 考 文 献

1. 论文

- [1] 雷兴虎, 陈虹. 社会团体的法律规制研究[J].法商研究, 2002(02).
- [2] 王文东. 论权利和义务关系的对等性和非对等性[J].首都师范大学学报(社会科学版), 2007(05).
- [3] 袁家驭. 论政府采购制度的缺陷及改进[J].中国招标, 2011(43).
- [4] 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著: 中华人民共和国政府采购法实施条例释义[M].北京: 中国财政经济出版社, 2015 年第 1 版.
- [5] 刘乃梁. 公益法人制度的理论逻辑与现实发展[J].理论月刊, 2014(09).
- [6] 刘严萍, 江书军, 张宝忠. 基于委托代理理论下的政府采购寻租行为研究[J].物流科技, 2010(12).
- [7] 阳穆哲. 腐败问题的三方决策模型——委托人、代理人与寻租者的行为分析及反腐败政策建议[J].经济科学, 2001(05).
- [8] 崔建才. 采购需求制定须依法合规[J].招标采购管理, 2015(04).
- [9] 李森善. 政府采购项目验收问题及治理对策[J].中国政府采购, 2011(01).
- [10] 陈卫东、龚秋妹. 如何签订政府采购委托代理协议[J].中国政府采购, 2005(05).
- [11] 周毅. 政府采购招标文件中供应商资格要求和必备条件分析[J].中国政府采购 2009(06).
- [12] 张志军, 章新永. 投标联合体资质等级如何认定?[J].中国招标, 2011(29).

2. 网站

- [1] 事业单位改革最大特点是重回公益性 政府也应转型. 人民网-时政频道, <http://politics.people.com.cn>.
- [2] 《政府采购代理机构资格认定办法》(财政部令第 61 号). 中华人民共和国中央人民政府, <http://www.gov.cn>.
- [3] 加强治理商业贿赂 促使政府采购市场更“阳光”. 中国国际招标网, <http://www.zfcg.com>.

3. 报纸

- [1] 彭时明. 采购人是政府采购利益的守护者[N].中国政府采购报. 2013-07-15.
- [2] 徐焕东. 为政府采购注入灵魂性内容[N]. 中国政府采购报. 2015-03-02.
- [3] 集中采购机构与社会中介机构的区别[N]. 经济参考报. 2005-11-03.
- [4] 没了资格审批. 代理市场会怎样[N].中国政府采购报. 2014-01-09.
- [5] 乐佳超. 国务院法制办、财政部负责人就《中华人民共和国政府采购法实施条例》有关问题答记者问[N]. 中国政府采购报, 2015-03-02.
- [6] 王杰. 如何合理描述采购需求[N].中国政府采购报, 2011-10-14.
- [7] 赵勇. 联合国《货物、工程和服务采购示范法》解析[N].政府采购信息报, 2011-03-11.
- [8] 代理商, 你如何保证履约能力? [N].中国政府采购报, 2012-05-28.
- [9] 王童彦. 供应商资质审查如何“打假”[N].中国政府采购报, 2013-05-06.

第三章 政府采购方式

第二十三条 采用公开招标以外采购方式的法定情形

第二十三条 采购人采购公开招标数额标准以上的货物或者服务,符合政府采购法第二十九条、第三十条、第三十一条、第三十二条规定情形或者有需要执行政府采购政策等特殊情况的,经设区的市级以上人民政府财政部门批准,可以依法采用公开招标以外的采购方式。

【条文释义】

《政府采购法》第二十九条至第三十二条分别规定了邀请招标、竞争性谈判、单一来源、询价 4 种采购方式的适用情形。本条对采购人达到公开招标数额标准以上、但可以采用上述采购方式做了补充规定。

一、在政府采购中公开招标是主要采购方式

(一) 公开招标方式的地位及其局限性

1. 公开招标应作为政府采购的主要方式

国际经验表明,公开招标与其他采购方式相比,无论在透明度上,还是程序上,都是最富有竞争力和规范性的采购方式,也能最大限度地实现公开、公正、公平原则。该方式具有信息发布透明、选择范围广、竞争范围大、公开程度高等特点。对于公开招标应作为政府采购的主要方式,在《政府采购法》第二十六条第二款有明文规定。

2. 公开招标方式在政府采购中的局限性

在推行招标投标制度的初期,有必要将公开招标作为主要的采购方式。但是随着招标采购活动的深入发展,在政府采购中,公开招标方式的局限性也逐渐显现出来:

- ① 公开招标实行一次性报价,使非价格因素差距较大的商家缺乏充分的竞争平台;
- ② 公开招标多以低价竞争为基础,在一些综合性项目中存在盲目性;
- ③ 公开招标评标存在一些主观因素,可能会导致评标不够公平;
- ④ 采购效率较低且不少采购项目的采购条件难以达到公开招标的要求;
- ⑤ 采购双方沟通不够,导致强行招标的采购交易成本远远超过竞争节约的成本,形成“越招越贵”的局面。

(二) 在政府采购方式的选择上世界各国呈现出了多元化趋势

作为法定的主要采购方式,公开招标的实际地位已经超越了字面上的“主要”二字,成为政府采购中名副其实的“绝对主导”。2013 年,我国政府采购规模中采用公开招标方式采购的占 83.3%,远远高于其他国家。

其实在采购方式的选择上,欧洲国家早已呈现出了多元化趋势。据西班牙咨询企业协会 AEC 的一份调查显示,在公共采购中西班牙与法国最常使用公开程序,英国与丹麦则多采用类似于邀请招标的限制性程序,德国公共采购多偏好谈判程序。调查中对 2011 年欧洲国家采购方式的选择进行了统计,德国约 43.7%的采购项目选择公开程序,而该数据在英国仅为 19%。

在美国的公共采购中，对选择公开招标方式设定了 4 项条件，即时间允许、标的清晰、价格竞争、潜在投标人超过 3 人，除此之外，可以选择适当的采购方式。

因此，鉴于政府采购标的的多样性，在政府采购中有必要对应当公开招标但是条件不具备的采购项目，采取法定其他采购方式以满足政府采购的实际需要。

二、公开招标采购数额标准的确定

《政府采购法》第二十七条规定：“采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府规定。”换句话说，按照预算管理体制确定，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省级人民政府规定。

另外，采购人采购公开招标的数额标准既适用于集中采购项目，也适用于集中采购目录以外限额标准以上的分散采购项目。

三、采用公开招标以外采购方式的法定情形

1. 符合法律明确规定的例外情形，但须经批准

达到公开招标数额标准但同时符合《政府采购法》的第二十九条到第三十二条规定的邀请招标、竞争性谈判、单一来源和询价的条件时，经批准可以选择公开招标以外的采购方式。

2. 达到公开招标数额标准，但需要执行政府采购政策的

如公开招标难以保证中小微企业中标，经批准可以选择其他采购方式。

四、变更采购方式的审批机关

本条规定变更公开招标方式的行政主管部门是设区的市级以上人民政府财政部门。

《条例》第七十八条规定：“财政管理实行省直接管理的县级人民政府可以根据需要并报经省级人民政府批准，行使政府采购法和本条例规定的设区的市级人民政府批准变更采购方式的职权。”

即法律授权两类行政机关：一类是设区的市级以上人民政府财政部门；另一类是县级人民政府可以依法行使变更采购方式的审批权。

五、采购方式变更的材料

《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第 74 号）第五条规定：“根据本办法第四条申请采用非招标采购方式采购的，采购人应当向财政部门提交以下材料，并对材料的真实性负责：

- （一）采购人名称、采购项目名称、项目概况等项目基本情况说明；
- （二）项目预算金额、预算批复文件或者资金来源证明；
- （三）拟申请采用的采购方式和理由。”

【案例 3-1】

邀请招标应在采购活动开始前获得批准^①

【案情简介】

2006 年 4 月，受某高校的委托，某招标公司就该校的电教设备进行了邀请招标采购，资

^① 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京：中国金融出版社，2011 年第 1 版.

格预审公告发出 5 天后, 招标公司共收到 7 家计算机经销商的资格预审资料, 其中只有 5 家经销商提供的预审资料全部符合资格审查标准。招标中心经过悉心比较之后, 向其中 4 家经销商发出了投标邀请书, 最终以相对优惠的价格与两家经销商成交。

公告发出的第 3 天, 遭到了通过资格审查而未收到投标邀请书的 H 公司的投诉。当地财政部门收到投诉后, 受理此次投诉的负责人说: “真是荒唐, 采购方式首先就用错了。”

该负责人指出, 这次计算机采购不具有特殊性, 采用公开招标方式的费用也不会占政府采购项目总价值的比例过大, 不满足邀请招标的适用范围; 且该市 2006 年的集中采购目录规定“政府采购货物或服务的项目, 单项或批量采购金额一次性达到 100 万元以上的, 必须采用公开招标采购方式”; 另外, 采用何种采购方式采购是财政部门审批的, 而在此次采购中, 财政部门根本就不知道招标中心组织了这次采购。

【法理研究】

《政府采购法》第二十六条规定了六种具体的采购方式, 其中第二款规定“公开招标应作为政府采购的主要采购方式。”换句话说, 除了特殊情况之外, 政府采购应当采用的采购方式是公开招标。

这里的特殊情况, 主要是指《政府采购法》第二十九条规定的邀请招标方式、第三十条规定的竞争性谈判方式、第三十一条规定的单一来源采购方式和第三十二条规定的询价方式, 法条具体规定了此四种采购方式的法定适用条件。

而且本《条例》补充到, 采购人采用公开招标数额标准以上的货物或者服务, 应当采用公开招标的采购方式, 但是若是符合《政府采购法》第二十九条到第三十二条的其他 4 项采购方式的或者有需要执行特殊采购政策的, 必须经过设区的市级以上人民政府财政部门批准之后, 才可以依法采用公开招标以外的采购方式。公开招标以外的采购方式并不局限于邀请招标方式、竞争性谈判方式、单一来源采购方式或者询价方式, 还包括国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。

在本案当中, 此次采购项目的采用金额达到了公开招标数额标准以上, 因此应当采用公开招标的方式, 而本案中的采购项目未经过有关财政部门的批准, 擅自采用邀请招标的方式, 这种行为明显是违反法律规定的。

第二十四条 批量集中采购

第二十四条 列入集中采购目录的项目, 适合实行批量集中采购的, 应当实行批量集中采购, 但紧急的小额零星货物项目和有特殊要求的服务、工程项目除外。

【条文释义】

本条是《条例》新增的有关批量集中采购的规定以补充采购形式的程序要求。

一、实施批量集中采购制度的必要性

所谓批量集中采购, 是对一些通用性强、技术规格统一、便于归集的政府采购品目, 由采购人按规定标准归集采购需求后交由集中采购机构统一组织采购的一种采购模式。从我国政府采购组织历史来看, 批量集中采购并不是一件新生事物, 后来因平均周期过长而被搁浅。2011 年, 财政部作为全国政府采购主管部门在分析当前经济和社会实际的基础上, 将批量集中采购

作为中央预算单位政府采购的主要组织形式是具有战略意义的。

美国总统奥巴马在应对金融危机的一次讲话中提到宏观经济的“四驾马车”：投资、消费、出口和采购。在振兴经济中除了传统的三驾马车外，突显了政府采购作为宏观调控和政策功能工具的显著作用。因此，以集中采购为主要模式的政府采购是我国政府在当前经济、社会发展状况下的必然选择。从拉动当前市场需求不足和加强政府宏观经济调控角度看，批量集中采购是符合当前现实情况的政府采购组织模式。

二、批量集中采购是政府集中采购制度的具体体现

根据官方公布的数字，2011 年全国政府采购规模已超过 9000 亿元，这样大的采购规模已引起社会的普遍关注。政府采购的规模效益主要体现在两个方面，即单次采购的批量大小和总规模的大小。单次采购的规模越小，花费的人力物力就会越多，直接影响采购效益，进而影响政府采购的总效益；总规模的大小则体现在政府采购总体占市场的份额当中，从而决定宏观调控的总效益。

因此，实行批量集中采购是提高采购效益的有效手段。政府采购实行批量集中采购，可以充分发挥批量的质量保证、价格低廉的优势，在保证采购项目满足具体采购要求的前提下，减少财政资金的使用，使有限的资金花到刀刃上，保证政府财政支出的合法性、合理性。

三、实行批量集中采购的法定和例外情形

（一）法定情形

本条具体规定了适合实行批量集中采购的法定情形，也即列入集中采购目录的项目。《条例》第三条对集中采购目录做出说明，“集中采购目录包括集中采购机构采购项目和部门集中采购项目。技术、服务等标准统一，采购人普遍使用的项目，列为集中采购机构采购项目；采购人本部门、本系统基于业务需要有特殊要求，可以统一采购的项目，列为部门集中采购项目。”

因此，结合第三条的具体规定，在实践中，有助于采购人或采购代理机构对“列入集中采购目录的项目”进行明确的界定。

（二）例外情形

本条规定了实行批量集中采购的例外情形，也即紧急的小额零星货物项目和有特殊要求的服务、工程项目不适用批量集中采购。

1. 紧急的小额零星货物项目

“紧急的”说明对该货物的需求较为着急，需要在较短的时间内完成采购。“小额零星”说明该采购项目的价格低、需求量小，批量集中采购并不适用，若是贸然采用，必然会造成财政资源、人力资源的浪费。

2. 有特殊要求的服务和工程项目

由于政府各个部门的工作性质、工作内容、工作方式等不尽相同，因此，部门内部的采购项目也会有不同的采购要求。针对部门自身的具体情况，采取具体的采购措施，可以保证资源最大化的合理利用，避免浪费情况的发生。

四、其他文件的相关规定

关于印发《中央预算单位批量集中采购管理暂行办法》的通知（财库[2013]109号）第二

条规定：“对已纳入批量集中采购范围，因时间紧急或零星特殊采购不能通过批量集中采购的品目，中央预算单位可报经主管预算单位同意后通过协议供货方式采购，但各部门协议供货采购数量不得超过同类品目上年购买总数的 10%。”

第十二条规定：“财政部应当加强对批量集中采购工作的组织监督管理，将批量集中采购工作纳入集中采购机构的业务考核范围。”

【案例 3-2】

中央预算单位批量集中采购管理暂行办法^①

【媒体信息】

……（其他内容略）

第二条 列入国务院公布的《中央预算单位政府集中采购目录及标准》中的集中采购机构采购品目应当逐步实施批量集中采购，中央预算单位要严格执行批量集中采购相关规定。对已纳入批量集中采购范围，因时间紧急或零星特殊采购不能通过批量集中采购的品目，中央预算单位可报经主管预算单位同意后通过协议供货方式采购，但各部门协议供货采购数量不得超过同类品目上年购买总数的 10%。

第二十五条 依法不进行招标的政府采购工程的采购方式

第二十五条 政府采购工程依法不进行招标的，应当依照政府采购法和本条例规定的竞争性谈判或者单一来源采购方式采购。

【条文释义】

本条具体规定政府采购工程除应当采用公开招标的采购方式之外，还可以依法采用竞争性谈判或者单一来源采购的方式进行采购。《政府采购法》第四条规定“政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。”但是《政府采购法》并没有对可不进行招标投标的工程适用何种采购方式做出明确的规定，本条是对其进行的补充规定。

一、依法不进行招标的政府采购工程的范围

（一）《招标投标法》规定的可以不招标的情形

（1）法定特殊情况

《招标投标法》第六十六条规定：“涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标。”

（2）法定特殊情况外的例外情形

《招标投标法实施条例》第九条规定：“除《招标投标法》第六十六条规定的可以不进行招标的特殊情况外，有下列情形之一的，可以不进行招标：

- （1）需要采用不可替代的专利或者专有技术；
- （2）采购人依法能够自行建设、生产或者提供；

^① 中央预算单位批量集中采购管理暂行办法。中央人民政府网站：<http://www.gov.cn>。

- (3) 已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供;
- (4) 需要向原中标人采购工程、货物或者服务, 否则将影响施工或者功能配套要求;
- (5) 国家规定的其他特殊情形。”

(二)《政府采购法》规定的可以不招标的情形

依据《条例》第七条第二款对工程以及与工程建设有关的货物、服务做出界定, 与工程新建、改建、扩建无关的装修、拆除、修缮不属于《招标投标法》工程建设项目的范畴, 即该项目不属于《招标投标法》依法必须招标的范畴从而可以不强制招标。

二、政府采购工程依法不进行招标可以选择的采购方式

上述采购项目符合《政府采购法》的规范要件应当适用《政府采购法》及其《条例》的, 根据本条规定, 应当适用竞争性谈判或者单一来源方式采购。

【案例 3-3】

衡阳市第×中学《食堂(兼礼堂)拆除工程政府采购项目 竞争性谈判招标公告》^①

【媒体报道】

衡阳××招标咨询有限公司受衡阳市第×中学的委托, 对其食堂兼礼堂拆除工程政府采购项目进行国内竞争性谈判采购, 欢迎符合条件的供应商参加投标。

一、政府采购编号: HY2012- B011

招标采购编号: MZZB2012-026

二、项目名称: 衡阳市第×中学食堂兼礼堂拆除工程政府采购项目

三、招标内容: 衡阳市第×中学食堂兼礼堂拆除工程(具体参数及要求详见本招标文件第三章)(本次招标项目预算上限值由市财政投资评审中心审定后, 于开标前三天公布)

四、对投标人的资格要求:

1. 具有独立的法人资格、具有独立承担民事责任能力的企业;
2. 具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度, 有依法纳税和缴纳社会保障资金的良好记录;
3. 近三年内在经营活动中没有违法记录, 具有履行合同的经济实力;
4. 投标人须提供合法有效的营业执照、税务登记证、企业组织机构代码证;
5. 投标供应商应具备衡阳市房产管理局颁发的衡阳市城市房屋拆迁单位资质等级三级(含)以上资质;
6. 产品须符合国家规定相应的技术标准、环保标准和安全标准, 且必须保证原装正品;
7. 法律、行政法规规定的其他条件。

五、竞争性谈判招标文件发售时间和地点:

发售价格: 人民币 400 元/份, 文件售后不退。

发售地点: 衡阳××招标咨询有限公司

发售时间: 2012 年 5 月 31 日至 2012 年 6 月 6 日(8: 00—12: 00, 15: 00—18: 00)。

^① 衡阳市第×中学《食堂(兼礼堂)拆除工程政府采购项目竞争性谈判招标公告》. 中国建材在线网: <http://old.jc.net.cn>.

购买标书时,需提供:

(1) 营业执照副本原件、税务登记证副本原件、组织机构代码证原件;

(2) 上述第四条第五款的资质证书原件;

(3) 法人代表授权委托书原件或单位介绍信,以及经办人身份证原件及复印件。

★复印件留存招标代理机构方可购买招标文件,招标代理人将对供应商进行资格初审(仅限于发售招标文件),初审合格后发售招标文件,详细资格审查以谈判小组审议结果为准。购买方所提供资料真实性引起的一切后果由投标方自行负责。

六、投标截止时间:2012年6月7日上午9:00(北京时间);

七、开标时间:2012年6月7日上午9:00(北京时间)开始;

开标地点:衡阳市××局一楼招标大厅。

八、招标人地址:衡阳市华新开发区××大道××号××大厦×××室(市政府斜对面)。

联系人:×× 联系电话(传真):0734-××××××

网址:WWW.MZCPA.cn 邮箱:qdcpa@sina.com 邮编:421101

投标保证金交纳账户:衡阳××招标咨询有限公司

开户行:中国建设银行衡阳××路支行

账号:43001530864052500569

九、采购单位:衡阳市第×中学

联系人:××× 电话:0734-××××××

十、监管部门:××市政府采购办

联系人:××× 联系电话:0734-××××××

衡阳××招标咨询有限公司

2012年5月31日

【法理分析】

《政府采购法》第四条规定:“政府采购工程进行招标投标的,适用招标投标法”,但若是政府采购工程依法不适用招标方式采购的,应当采用何种方式进行采购且适用何种法律?实践中,各地政府财政部门对政府采购工程依法不进行招标的,一般都核准为竞争性谈判采购,如本案公告所示。

在司法实践的基础上,本次制订《条例》时,对此做出明确的规定:政府采购工程依法不进行招标的,应当适用竞争性谈判或者单一来源采购方式,从而使该类项目的采购有法可依。值得注意的是,这里排除了询价采购方式的适用,因为询价采购方式一般适用于那些价格变化幅度小、标准规格统一的采购项目,显然采购工程项目不适合采用询价方式。法条充分考虑到了实践中普遍存在的情形,尽可能地完善立法,将一般情况均纳入到立法之中,有效地避免了采购人、采购代理机构在政府采购过程中寻找寻租空间,使权力在阳光下行使。

第二十六条 适用竞争性谈判的两种情形的具体解释

第二十六条 政府采购法第三十条第三项规定的情形,应当是采购人不可预见的或者非因采购人拖延导致的;第四项规定的情形,是指因采购艺术品或者因专利、专有技术或者因服务的时间、数量事先不能确定等导致不能事先计算出价格总额。

【条文释义】

《政府采购法》第三十条规定，“符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用竞争性谈判方式采购：（1）招标后没有供应商投标或者没有合格标的或者重新招标未能成立的；（2）技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；（3）采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的；（4）不能事先计算出价格总额的。”

“采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的”和“不能事先计算出价格总额的”这两项规定，在实践中难以正确把握，经常会出现采购人、采购代理机构利用这两项规定来规避应进行公开招标的采购项目而采用竞争性谈判的方式。

一、竞争性谈判方式

1. 竞争性谈判是国际上政府采购中广泛运用的采购方式

竞争性谈判作为政府采购法定的方式之一，具有操作周期短、形式灵活、供需双方可以充分交流、为采购方争取更大优惠等诸多优势，逐渐成为除公开招标、邀请招标外最为常用的采购方式。国际上无论是英美法系国还是大陆法系国家，甚至欧盟、联合国在一定条件下都在广泛运用竞争性谈判方式采购。

2. 公开招标不能够实现最经济有效目标时竞争性谈判

竞争性谈判是指采购人或者采购代理机构直接邀请多家供应商就采购事宜进行谈判，从而决定最终供应商的一种采购方式，即为政府采购最佳补充方式。之所以法律上又规定一种采购方式——竞争性谈判，主要是因为，在某些特殊的情况下，采取公开招标并不是能够实现政府采购最经济有效目标的最佳方式，因此需要其他采购方式来予以补充，其中竞争性谈判方式则是一种主要方法。

3. 竞争性谈判采购方式的适用有法律上严格的程序控制

竞争性谈判是一种灵活高效的采购方式，具有许多优点。但是与公开招标方式相比，竞争性谈判具有较强的主观判断性，评审过程也难以控制，容易滋生腐败，进而导致不公正交易现象的发生、落入违规操作的陷阱。因此，必须对这种采购方式的适用条件加以法律上严格的限制并对谈判程序进行严格的控制。

二、采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的

招标采购有着严格的程序规定，一些环节规定了最低的时间限制，因而采购周期必然相对较长，而竞争性谈判时间机动灵活，没有硬性的规定，当执行紧急采购任务时，选择竞争性谈判更为适宜。

具体而言，应当是采购人不可预见的或者非因采购人拖延导致的紧急需要。

1. 政府采购人不可预见导致紧急需要的

也即采购人在开展采购工作的过程中，无法提前预知可能会发生的情形。如果是采购人或采购代理机构在一开始应当预见而没有预见，或者预见了但轻信能够避免，则是其自身存在过失，不属于该条规定的情形。

2. 非因政府采购人拖延导致紧急需要的

也即紧急需要的产生并不是由于采购人的拖延，而是可能存在采购项目受到其他各方面因

素的影响或者本身情况的改变而导致的紧急需要。采购人或采购代理机构拖延导致紧急需要的，分为主观上恶意的拖延和善意的拖延，不管主观上是善意的还是恶意的，都是因采购人或采购代理机构的拖延行为而导致的紧急需要，不属于该条规定的情形。

三、不能事先计算出政府采购价格总额的

某些采购对象独特又复杂，采购人以前不曾采购过且缺乏成本信息，这时不易估算出价格总额，如果采用一锤定音的招投标方式，标底难以确定，会给采购工作带来不小的困难。这种情况下采用竞争性谈判，能够争取到更有利的条件、更优惠的价格。

具体而言，因采购艺术品或者因专利、专有技术或者因服务的时间、数量事先不能确定等导致不能事先计算出价格总额的。

采购艺术品或因专利、专有技术，或因服务的时间、数量，这三种法定情形都具有一个共同的特点：价格不可确定性。因此，不能事先计算出具体的价格总额。

1. 艺术品

作为一种特殊的商品，艺术品的价值数额与人的主观因素、市场密不可分。虽然其价值主要是由艺术家自身劳动所创造的，但也离不开艺术品市场供求关系从中发挥作用，因此具有很强的不确定性。

2. 专有技术

1964 年的国际知识产权组织国际局在其制定的《发展中国家发明样本法》中曾这样定义专有技术：所谓专有技术是指有关制造工序以及产业技术的使用及知识。《TRIPS 协议》以“未公开的信息”代替了专有技术的表述，指秘密的、有商业价值的、而且被合法的控制者采取合理措施使其处于秘密状态的信息。简而言之，专有技术是指未申请专利权保护的专利技术，包括产品设计图纸、包装、生产工艺、配方等。

在实际的采购过程中，由于专有技术的内容不公开，具有一定的保密性，因此，专有技术并没有准确的市场定价，采购人、采购代理机构无法事先计算出具体的价格总额。

3. 因服务的时间或数量导致事先难以计算的

主要是指政府采购服务项目，特别是政府向社会力量购买公共服务的项目，包括教育、医疗、卫生等，往往会因服务的时间、数量等方面的原因，导致其事先难以计算。

【案例 3-4】

海南易×网络科技有限公司与×县财政局财政行政管理纠纷上诉案^①

【案情简介】

原审判决查明，×县民政局养老服务中心室内配套设备项目（项目编号：HNGP2012-008406），系×县政府采购管理办公室组织实施的政府采购项目。×县政府采购管理办公室就该采购项目委托海南省政府采购中心（以下简称“省政府采购中心”）进行招标投标，省政府采购中心依照《中华人民共和国政府采购法》的有关规定，采用竞争性谈判方式采购。

2012 年 3 月 9 日，省政府采购中心发布该项目采购信息，因有供应商对谈判文件提出质

^① 海南省第一中级人民法院，海南一中行终字第 55 号，裁判文书分享平台，<http://caseshare.cn>。

疑，省政府采购中心于3月14日发布该项目暂停采购公告，并邀请专家解答质疑。

3月27日，省政府采购中心重新发布该项目采购信息，在规定的期限内，有12家供应商购买了谈判文件。

4月5日，原告易×网络公司等6家供应商参加竞争性谈判。谈判小组对参加竞争性谈判的供应商进行资质初步审查、样品校对和认真评查，认为原告和淮安市龙×公司初步审查合格，其他4家不合格，于是要求原告和淮安市龙×公司进行第二次报价。

4月6日，参加谈判的其中3家供应商对谈判结果提出质疑。省政府采购中心对该采购项目进行核查，认为原告和淮安市龙×公司的报价一览表与谈判文件的要求不相符。

4月9日，省政府采购中心召集谈判小组成员对谈判结果进行复核，认为原告和淮安市龙×公司所报健身器材类货物（序号11-2-1至11-2-11等）均未按谈判文件的要求写明所报品牌及型号等，于是依据谈判文件规定，复核评定原告和淮安市龙×公司不符合相应资格条件。4月11日，省政府采购中心发布公告，称因投标实质响应不足法定家数，该项目采购失败。原告不同意公告结果，称其最终报价后经专家组认真审议，口头宣布其中标，分别于4月12日、18日、26日向省政府采购中心递交质疑书，质疑作废标处理和实质响应不足法定家数等事宜。省政府采购中心针对原告的质疑事宜，分别于4月17日、25日、26日做出书面回复函，回复该采购项目因递交谈判报价文件的6家供应商均不符合相应资格条件，实质性响应的供应商不足法定家数，因此作废标处理。最后一次回复时告知原告如对3次回复不满意，可依法向被告陵水县财政局投诉。

2012年5月7日，原告以省政府采购中心将已公告原告中标的采购项目作废标处理缺乏事实和法律依据为由，向被告投诉，请求取消本次废标并给予其中标处理。被告审查认为该项目实质性响应的供应商不足法定家数，并且省政府采购中心在竞争性谈判文件中规定根据《海南省省级政府采购管理实施办法》第十四条规定进行处理的行为违法，做出第68号《处理决定》，驳回了原告的投诉请求。原告不服，遂提起诉讼，请求依法撤销第68号《处理决定》，确认其在此次竞标中中标合法有效。

法院二审查明的其他事实与原审判决认定的事实一致，予以确认。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决维持被上诉人做出的第68号《处理决定》并无不当。上诉人的上诉理由及请求不能成立，二审法院不予支持。

【法理研究】

《政府采购法》第三十条具体规定了采用竞争性谈判方式采购的4种法定情形：其一，招标后没有供应商投标或者没有合格标的或者重新招标未能成立的；其二，技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；其三，采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的；其四，不能事先计算出价格总额的。其中的第三项、第四项，本条款对其进行了详细的解释说明。

在本案当中，虽然争议的焦点与本条文释义没有直接的联系，但是在本案中的×县民政局养老服务中心室内配套设备项目的采购采用的是竞争性谈判的方式，是符合第四项法定情形的。这是因为养老服务中心的采购项目，属于政府采购服务项目的范畴，就会存在因服务的时间、数量而事先不能计算出价格总额的情况，因此采用竞争性谈判方式采购是必要且合理的。在本案中，还需注意到的是采用竞争性谈判方式的程序性问题，《政府采购法》第三十八条对此做出明确的规定。

第二十七条 对单一来源采购方式中规定的解释和补充

第二十七条 政府采购法第三十一条第一项规定的情形，是指因货物或者服务使用不可替代的专利、专有技术，或者公共服务项目具有特殊要求，导致只能从某一特定供应商处采购。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第三十一条第一项的细化规定。

《政府采购法》第三十一条规定：“符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用单一来源方式采购：（1）只能从唯一供应商处采购的；（2）发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的；（3）必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。”

一、单一来源采购方式

单一来源采购是《政府采购法》规定的四种非招标采购方式之一。一直以来，由于单一来源采购只同唯一供应商“一对一”签订合同，具有直接采购、没有竞争性的特点，被业界共识为“控制和慎用”的采购方式。因此，2013年财政部颁布的《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第74号）对单一来源采购的实施程序作了详细的规定。

单一来源采购方式，也称为直接采购，具体是指，达到了限额标准和公开招标数额标准以上的，但所需采购商品的来源渠道单一，或属专利、首次制造、合同追加、原有采购项目的后续扩充，或属发生了不可预见的紧急情况而不能从其他供应商处采购的。该采购方式的最主要特点就是没有竞争性。

正是由于单一来源采购方式具有直接采购、没有竞争的特点，使单一来源采购方式只同唯一的供应商签订合同，也就是说，采购活动处于一对一的状态，且采购人处于主动地位。因此，在交易过程中，更容易滋生各种不规范行为，包括腐败行为。所以，必须要从法律上严格限定该种采购方式的适用条件。

二、只能从唯一供应商处采购

具体而言，因货物或者服务使用不可替代的专利、专有技术，或者公共服务项目具有特殊要求，导致只能从某一特定供应商处采购。

1. 货物或者服务使用不可替代的专利、专有技术

（1）用“不可替代”对专利、专有技术加以限定。

这说明该专利、专有技术具有唯一性和独占性，也意味着只有某一特定的供应商才会享有。因为政府采购的货物或者服务要使用某种不可替代的专利、专有技术时，只能从享有该项专利、专有技术的某一特定的供应商处采购，因此，将供应商的范围缩小到了唯一特定。

（2）需要注意的是专利与专有技术之间的区别：

① 专利是工业产权，而专有技术不是；

② 专利是经过审查批准的具有新颖性、创造性的技术，而专有技术不一定是发明创造，但必须是行之有效的；

③ 专利的内容是公开的，而专有技术是保密的；

④ 专利受到时间、地点、区域的限制，而专有技术没有。

三、公共服务项目具有特殊要求

政府采购公共服务项目，着眼于社会公共利益和社会群体利益，也就需要满足社会中不同阶级、不同层次群众的不同要求，因此，政府采购公共服务项目时，就会存在某些特殊性的要求，例如残疾人、儿童、老人等。特殊要求就会需要特定的供应商来满足，从而使供应商具有唯一确定性。

【案例 3-5】

桓台县教育体育局教学大师教学资源库系统单一来源采购公示^①

【媒体报道】

一、采购人：桓台县教育体育局

地址：淄博市桓台县建设街 3316 号

联系人：王先生

联系方式：13455331507

二、采购代理机构：山东信一项目管理有限公司

地址：淄博市张店区人民西路 176 号晶城大厦 412B 室

联系人：孙女士

联系方式：0533-3177387

三、监督部门：淄博市桓台县政府采购办公室

地址：桓台县渔阳街 2088 号

联系人：孙女士

联系方式：0533-8216519

四、项目名称：桓台县教育体育局教学大师教学资源库系统单一来源采购

五、采购方式原因及相关说明

为推进落实《国家中长期教育改革和发展规划纲要（2010—2020 年）》关于教育信息化的总体部署以及国家教育部《教育信息化十年发展规划（2011—2020 年）》、《山东省教育信息化推进计划》、《淄博市教育信息化三年行动计划（2015—2017 年）》要求，全面推进我县教育信息化建设，加快教育现代化进程，近年来，我县加大了教育信息化推进力度，具体包括：教育信息化设施建设和优质教育资源开发与应用。我县广大教师迫切需要一套权威、系统、科学的教学资源应用到日常的教育教学中。山东省新华书店经营的北京神州中联教育科技有限公司开发的大型多媒体教学资源库——《教学大师教学资源库系统》，是目前全国规模最大的一套多媒体教学资源库系统，该系统对中小学各种版本教材的全部知识点进行细致的梳理，应用多媒体技术、网络技术从多个维度讲解，覆盖面广、知识点全、灵活性强。并且由于我县是全国极少数实行“五四”学制的地区，与之相配套的教学资源极少，《教学大师教学资源库系统》是少有的有“五四”版本教材资源的软件，正好弥补这一不足。为教师提高整体教学水平、备课、上课提供了绝好的参考资料。特申请通过单一来源形式为我县平台建设进行政府采购。

六、唯一供应商名称：山东新华书店集团有限公司 × × 分公司

^① 桓台县教育体育局教学大师教学资源库系统单一来源采购公示. 中国政府采购网, <http://www.ccgp.gov.cn>.

七、专家论证意见:

序号	姓名	工作单位	职称	电话	具体论证意见
1	贾××	××理工大学	副教授	187 × × × × × × × ×	据了解,本次采购的教学软件是为了满足“五四”学制教学的需要,目前市场上同类软件能够从知识覆盖面、配套性等方面完全满足教学需要的只有××中联教育科技有限公司的《教学大师教学资源库系统》。因此,建议采用单一来源方式,从本地唯一代理商××县新华书店采购
2	吴××	××市电化教育馆	高级工程师	186 × × × × × × × ×	采购人拟采购的《教学大师教学资源库系统》为教育资源管理软件,并附带特定的教学资源。经采购人重点考察,认为该系统对中小学各种版本教材的全部知识点进行细致的梳理,应用多媒体技术、网络技术从多个维度讲解,覆盖面广、知识点全、灵活性强,教学资源与现有五四制教学内容配套,有利于学校应用。由于该系统和其他软件系统没有较强的可比性,建议采用单一来源方式采购

八、公示期截止日期:2015年8月6日

发布人:山东××项目管理有限公司

发布时间:2015年7月31日

【法理研究】

《政府采购法》第三十一条具体规定了采用单一来源采购方式的三种法定情形:其一,只能从唯一供应商处采购的;其二,发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的;其三,必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求,需要继续从原供应商处添购,且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。即单一来源采购解决刚性需求造成的“单购”,情况紧急造成的“急购”;配套等需求造成的“添购”三类问题。

本条款对其中第一项做出了详细的解释说明。在本公告中,采购人说明了本次采购之所以采用单一来源采购方式的理由:只有山东省新华书店经营的北京神州中联教育科技有限公司开发的大型多媒体教学资源库——《教学大师教学资源库系统》才能满足此次有关教学系统采购项目的特殊要求,满足“只能从唯一供应商处采购的”的条件,因此采用单一来源采购方式进行采购是合法合理的。

第二十八条 对化整为零方式规避公开招标行为的界定

第二十八条 在一个财政年度内,采购人将一个预算项目下的同一品目或者类别的货物、服务采用公开招标以外的方式多次采购,累计资金数额超过公开招标数额标准的,属于以化整为零方式规避公开招标,但项目预算调整或者经批准采用公开招标以外方式采购除外。

【条文释义】

一、通过化整为零进行采购是规避公开招标的表现形式

虽然招标投标是最富有竞争性的一种采购方式,能为采购者采购到经济且质量高的工程、货物或服务。在政府及公共领域推行招标投标制度,有利于节约国有资金、提高采购质量。但是,招标投标的程序性、法定性等要求一定程度上影响着其效率,从而使部分招标采购人不太愿意采用招标采购方式。同时,出于对某些非法利益的考虑,部分招标人在工程建设项目的发

包及有关设备、材料的采购活动中，实行地方保护或行业垄断，采用种种方式规避招标。

将依法必须进行招标的项目化整为零，是最典型的规避招标的法定形态。所谓化整为零，即把达到法定强制招标限额的项目切割为几个小项目，每个小项目的金额均在法定招标限额以下，以此来达到逃避招标的目的。

《政府采购法》第二十六条第二款规定“公开招标应作为政府采购的主要采购方式。”因此，采购人或采购代理机构应当严格按照法定的采购方式。但由于目前规范我国政府采购行为的机制不尽完善，加之，一些采购人或采购代理机构受某些利益的驱动，有时甚至为实现与特定供应商串通的目的，往往将达到公开招标数额标准以上的采购项目（货物或服务）采用化整为零的方式规避公开招标采购。

为了保证所有应当以公开招标方式采购货物和服务的项目都能做到依法公开招标采购，防止国家利益和公共利益受到损害，明确采购人规避公开招标的方式，是十分必要的。

二、认定化整为零规避公开招标方式的要件和例外情形

1. 时间要件

在一个财政年度内，所谓一个财政年度又称预算年度，是指一个国家以法律规定为总结财政收支和预算执行过程的年度起讫时间。我国的财政年度是自公历1月1日起至12月31日止。

2. 行为事实

采购人将一个预算项目下的同一品目或者类别的货物、服务采用公开招标以外的方式多次采购，累计资金数额超过公开招标数额标准的，属于以化整为零方式规避公开招标的。

所谓的一个预算项目下的同一品目或类别的政府采购货物或服务往往具有相同的名称、类别、性质、功能等。

3. 例外情形

（1）项目预算调整

项目预算调整是指因预算调整导致在同一财政年度内，一个预算项目下的同一品目或者类别的货物、服务采用公开招标以外的方式实施多次采购，累计资金数额超过公开招标数额标准的，不属于本条所规定的以化整为零的方式规避公开招标的情形。

（2）经批准采用公开招标以外方式采购

该采购是指经有关财政部门批准，某一预算项目下的同一品目或者类别的、超过公开招标数额标准的部分货物、服务采用公开招标以外的方式实施采购，未超过公开招标数额标准的剩余的部分，采购人依法通过非招标方式采购，虽然两者都采用非公开招标的方式进行采购，但是累计资金数额超过公开招标数额标准，不属于本条所规定的以化整为零的方式规避公开招标的情形。

【案例 3-6】

以化整为零的方式规避公开招标^①

【案情简介】

某中央部委年初预算中有一个预算金额 90 万元的办公家具项目，因未达到 120 万元的公

^① 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著. 中华人民共和国政府采购法实施条例释义[M]. 北京：中国财政经济出版社，2015 年第 1 版。

开招标数额标准,该部委采用竞争性谈判方式进行了采购。后因招录新人,该部委年中时申请调整预算,追加 50 万元用于采购同类的办公家具。同样未达到 120 万元的公开招标数额标准,该部委仍然才采用竞争性谈判方式进行采购。在这个例子中,该部委在一个财政年度内,先后两次采用非招标数额标准,但是由于是预算调整导致的,因而不属于以化整为零的方式规避公开招标的情形。

【法理分析】

根据《政府采购法》第二十八条的相关规定,在政府采购活动过程中,采购人对于应当采用公开招标方式采购的货物、服务采用化整为零的方式的主要目的就是为了规避采用公开招标的方式进行采购。立法中严格禁止此种行为的存在,主要考虑到,要使以公开招标方式采购货物和服务的项目都能做到依法公开招标采购,防止损害国家利益和公共利益现象的发生。

在本《条例》中,对所谓的以化整为零的方式规避公开招标采购的情形进行明确的界定,还对例外情况做出了补充规定:项目预算调整、经批准采用公开招标以外方式,规定较为详尽、具体。既然法条中对此种情况进行了明确的规定,说明在实践中采购人以化整为零的方式规避公开招标采购较为普遍,发生率也较高,所以对何种情形为化整为零的方式进行界定是必要的。

参 考 文 献

1. 论文

- [1] 王涛.财政部将逐步推广批量集中采购——访财政部部长助理王保安[J].经济参考报, 2011(07).
- [2] 马海涛, 王东伟.论政府批量集中采购的理论依据[J].中央财经大学学报, 2013(04).
- [3] 袁艳.竞争性谈判在国有企业中的有效应用[J].中国招标, 2012(13).
- [4] 兰山.竞争性谈判采购方式的应用[J].实验技术与管理, 2009(01).
- [5] 莫昊思.专有技术的法律保护与行政保护[J].行政与法(吉林省行政学院学报)), 2005(07).
- [6] 李金升.招标人“规避招标”的法定形态与法律责任[J].招标与投标, 2015(01).

2. 网站

- [1] 2013 年全国政府采购规模达 16381.1 亿元. 中央政府门户网站, <http://www.gov.cn>.
- [2] 吴蓓.浅谈批量集中采购制度. 中国财经报网, <http://www.cfen.com.cn>.

3. 报纸

- [1] 朱颖.公开招标占比超八成的隐忧与出路[N].中国政府采购报, 2013-08-19.
- [2] 邓勇, 重庆. 管理单一来源采购手段不单一[N].中国政府采购报, 2013-08-09.
- [3] 汪才华.对《政府采购非招标采购方式管理办法》的理解与思考[N].中国政府采购报, 2014-03-03.
- [4] 张静远.竞争性谈判程序贴近实践[N].中国政府采购报, 2012-11-12.

第四章 政府采购程序

第二十九条 政府采购实施计划

第二十九条 采购人应当根据集中采购目录、采购限额标准和已批复的部门预算编制政府采购实施计划，报本级人民政府财政部门备案。

【条文释义】

一、政府采购实施计划及计划的编制

（一）政府采购实施计划

政府采购实施计划，又称为政府采购计划，是政府采购预算的具体实施方案，反映部门政府采购预算的具体支出内容，也是政府采购执行的重要依据。加强政府采购工作的计划性，对于提高财政资金的使用效益和政府采购工作效率，发挥政府采购的规模效应具有重要意义。

政府采购实施计划是有关次级的财政部门对政府采购预算执行情况进行管理的一种方式。政府采购实施计划对列入政府采购预算中的采购项目，在采购组织实施形式、采购方式、政府采购资金实行财政直接拨付范围、政府采购预算的补报及政府采购项目的调整程序等方面做出具体规定，目的是指导政府采购预算的有效执行。

（二）加强政府采购实施计划管理的必要性

1. 采购实施计划作为资金预算的细化是对采购人的严格约束

政府采购实施计划是对政府采购资金预算的细化，同时也是开展采购活动的重要前提和依据。政府采购预算规定采购人在一个预算年度内可以使用的资金总量以及采购的主要项目，是对采购人的严格约束。

2. 科学合理的政府采购实施计划是提高采购效率和效益的前提

政府采购规模是实现经济效率和效益的基础，有规模才能发挥效益，集中采购机构只有提前整合所有的采购需求进行规模采购，才能节约更多的采购资金，提高采购效益。

3. 政府采购实施计划是有关部门对采购过程进行监督管理的重要依据

政府采购项目的品目、种类、数量、采购方式等均由采购实施计划加以限定。因此，是否按照政府采购实施计划进行采购，是有关财政部门进行监督管理的重要依据。

（三）政府采购实施计划的编制主体

本条明确规定，采购人是政府采购实施计划的编制主体，采购人应当在部门预算批复后，及时编制政府采购实施计划，不能用部门预算代替政府采购实施计划。政府采购实施计划是将部门预算中的采购内容，按照政府采购法律制度规定，细化、汇总为可操作的执行计划。

（四）政府采购实施计划的编制依据

1. 政府集中采购目录

政府集中采购目录是有关政府采购主管部门依据提高采购质量、降低采购成本的原则，而对一些通用的、大批量的采购对象应纳入政府采购管理和进行集中采购而确定的、并由政府部门公布的货物、工程、服务的范围和具体的名称清单。

2. 政府采购限额标准

政府采购限额标准是指国家机关、事业单位和团体组织必须实行统一集中采购的采购金额标准。

3. 已批复的部门预算

（1）编制预算的必要性

财政为庶政之母，预算乃邦国之基。首先，政府采购预算是一种规划，它使政府采购活动有序、按计划进行。其次，政府采购预算是一种标准，所有的政府采购活动按照这个标准来执行。而这里的规划和标准，毫无疑问，是政府对其可支配资金统一意志的一个体现。按照《政府采购法》的相关规定，政府采购资金为财政性资金。目前，对于财政性资金，政府往往通过制定预算来进行严格的管理，所以，对于政府采购资金也必须实行预算管理。最后，预算制度改革是一个不断深化的过程。我国的预算管理体制不尽完善，主要表现在，预算编制周期短，编制项目不够完整、细化。在这种预算编制和审批制度下，预算执行的随意性较大，反映到政府采购上，就出现了无预算采购、重复采购、盲目采购等现象，政府采购工作难以全面推行。

从 20 世纪 90 年代后期开始，我国分步设计、推行了一系列预算制度改革措施，这些改革对各级政府的资金管理理念和制度变革的选择产生了指导作用。党的十六届三中全会提出要对预算绩效进行评价，实际上指明了预算制度改革的方向。从我国预算制度的改革要求来看，预算不仅要具体完整，而且每一支出项目需要做到明确，尤其是大型购买性支出要细化到具体的支出项目。只有这样，才能为政府采购监督管理部门有效的实施监督管理提供依据，使采购资金做到合理、合法的使用。

（2）编制部门预算的部门

《政府采购法》第三十三条规定“负有编制部门预算职责的部门在编制下一财政年度部门预算时，应当将该财政年度政府采购的项目及资金预算列出，报本级财政部门汇总。部门预算的审批，按预算管理权限和程序进行。”

随着我国社会主义市场经济体制改革的不断深化，预算编制方法的改革创新也势在必行。从 1998 年起，我国开始了预算管理体制的改革，推选编制部门预算，其中一项重要内容就是，已经实行部门预算改革的，在 2000 年的部门预算中增加了政府采购预算内容；未实行部门预算改革的，要单独编制政府采购预算。

根据《政府采购法》第三十三条的具体规定，可以看出部门预算是每年编制一次。而且，各部门在编制部门预算时，凡是属于《政府采购法》规定的政府采购项目，无论是项目支出项目还是基本支出项目，都要在部门预算的相关科目中详细列明，包括项目具体名称和预算等事项。

（3）部门预算的编制程序

政府采购资金预算法律上没有规定单独的编审程序，政府采购项目的确立是随着部门预算的编审程序而完成的。

部门预算的编制程序全国基本上是一致的。以中央为例，中央单位下一财政年度部门预算编制，从本财政年度的第三季度就开始准备，国务院先就预算编制原则、支出重点等问题下发一个财政年度预算编制通知，财政部根据国务院通知部署预算编制工作（称为“一下”）。各部门根据财政部的具体部署组织本部门的预算编制工作，汇总后报财政部审核（称为“一上”）。财政部对各部门预算进行审核后，根据国民经济和社会发展规划以及财力等情况，核定部门预算支出控制数，要求各部门按照支出控制数调整预算（称为“二下”）。各部门根据财政部下达的支出控制数，按照优先顺序，调整支出项目，使部门预算的总支出不得突破控制数，最后将调整后的部门预算上报财政部（称为“二上”）。财政部对各部门调整后的部门预算进行汇总，并做进一步审核后，形成预算草案上报国务院批准，并提交全国人大会议审议。全国人大审议通过后，由财政部在一个月内批复到各部门执行。各部门接到财政部批复的部门预算后，将具体预算批复到各基础预算单位。

（4）编制部门预算的必要性

编制部门预算有利于明确和细化政府采购项目。与传统预算相比，部门预算的主要特点有：一是收支范围完整、全面。一个部门在一个财政年度内的各项收入和支出都必须纳入部门预算之中，充分反映一个部门的年度财政收支情况；二是分类科学。在支出方面，将一个部门的支出分为项目支出和基本支出，工资支出单独反映。因此，部门预算能够较为具体、详细地反映一个部门的财政支出情况，有利于提高预算分配和预算执行的透明度，科学合理地安排和使用财政性资金。

二、建立政府采购实施计划备案制度的必要性

根据该条规定，采购人编制政府采购实施计划，需要报本级人民政府部门备案。这里的“备案”属于行政备案的范畴。

（一）行政备案的概念

行政备案在法规层面呈现出多重含义，学界对备案也有众多不同的解读。结合行政实际，从行政法学意义上看，行政备案是指公民、法人或其他组织依法将与行政管理有关的具体事务的相关材料向行政机关报送，行政机关对报送材料进行收集、整理、存档备查的一种程序性事实行为和行政法律制度。

具体来讲，行政备案主要是指行政主管机关或法定授权组织（行政主体）依据行政法律法规，接收公民、法人或其他组织（行政相对人）按照法定程序和格式提交的备案申请材料，在法定时间内对报备资料进行形式审查，对合法的申请进行备案，并将该资料存档以备事后监督的行政管理行为。

（二）规定行政备案的必要性

行政备案是实现有效的行政管理的一种必要手段。

（1）行政备案具有向社会公开、信息披露的特点。

可以直接或间接让具体行政备案关系中的当事人和与之利益相关的第三人，清楚地知道该具体的行政备案关系，从而维护当事人、与之利益相关的第三人的合法权益。

（2）保护社会公众合法权益和促进社会公共利益相互协调的作用。

一方面，它能够保护行政相对人及其利害关系人的合法权益；另一方面，它还有利于弘扬

社会主义法治理念，构建成熟的法制环境。例如，出于对公共利益和社会秩序的考量，对于那些不宜纳入行政许可范畴，但又需要事后监督的事项，可以通过采用行政备案的方式实现有效行政管理和监督。

（3）行政备案最大的作用在于事后监督有依据。

行政备案的事后作用在于，它借助于行政机关的备案信息，今后如果发现有违法行为，能够及时准确地采取救济措施，使损失减少到最小化。

【案例 4-1】

山西省政府采购计划改为备案管理^①

昨日，《山西青年报》记者从省财政厅了解到，山西继续精简行政权力，简化政府采购审批。其中，政府采购实施计划由核准改为备案管理，同时将取消省财政厅对政府采购项目资金支付的审核环节。

从 2015 年 7 月 10 日起，省财政厅不再审核批复各预算单位上报的政府采购实施计划。省级各预算单位政府采购实施计划，通过山西省省级政府采购管理系统备案。

省级各预算单位依据有关规定，选择符合规定的采购方式，编制政府采购实施计划报送省财政厅备案。政府采购实施计划备案后，由各单位实施采购活动，达到公开招标数额标准的应当采用公开招标方式采购，不得以化整为零的方式规避公开招标。不达公开招标数额标准的应当依照规定采用邀请招标、竞争性谈判、询价、单一来源等非公开招标方式采购。

同时，我省将明确预算单位主体责任，确保严格执行政府采购实施计划。省财政厅要求各部门严格按照批复的政府采购预算和执行中追加的政府采购预算编报政府采购实施计划，政府采购实施计划必须确定采购需求、落实政府采购预算资金。对达到公开招标限额标准的货物和服务项目，因特殊原因需采用公开招标以外采购方式采购的，采购单位须登录“省级政府采购管理系统”申请变更采购方式，经主管部门同意后报省财政厅，经省财政厅批准后方可依法开展。

另外，我省将取消省财政厅对政府采购项目资金支付的审核环节。今后采购单位完成政府采购后可持政府采购合同，直接按照国库支付的有关规定办理资金支付事宜，不再经省财政厅核准。

【法理研究】

依据本《条例》的规定和国务院简政放权的要求，山西省财政厅雷厉风行结合本省实际出台了关于取消政府采购计划审批、支付环节审批等一系列不符合《条例》规定的规定。山西省财政厅依法行政，在方便采购人依法采购的同时，通过互联网对政府采购活动加强监督，由于取消了审批，政府部门在监督环节更加主动、公正，这对于规范市场秩序有重要意义，而且在政府采购过程中，规范市场秩序是政府采购管理的主要职责。

第三十条 政府采购项目预算

第三十条 采购人或者采购代理机构应当在招标文件、谈判文件、询价通知书中公开采购项目预算金额。

^① 山西省政府采购计划改为备案管理[N].山西青年报，2015-07-15.

【条文释义】

一、公开采购项目预算金额的必要性

1. 《政府采购法》相关规定的落实

《政府采购法》第六条规定“政府采购应当严格按照批准的预算执行。”通过公开采购项目预算金额，使参与者在预算金额的框架内参与政府采购活动，既能够促进政府采购按照批准的预算金额进行，也能够使潜在供应商及时获得采购项目预算资金信息，更好的制作投标文件等。

2. 实现预算金额信息阳光化以加强社会监督

阳光是最好的消毒剂，任何政府决策的出台都不能自说自话，不能囿于一家之言，不能缺乏公众的参与。现阶段，应当凝聚所有可能的制衡力量，让舆论力量与体制内力量对接，促使公共部门接受公众监督，对公共部门财政预算进行公开，公开预算项目名称、预算项目数额，借此遏制“豪华采购”常态化。

公开采购项目预算金额，使政府采购的预算制度暴露在阳光下，不仅让采购各方能够及时获取相关信息，而且也能使社会公众了解政府采购预算情况，提高社会公众监督水平，保障各方主体的知情权、参与权、监督权。

3. 促进部门预算编制更加科学合理

公开采购项目预算金额，将政府采购预算制度完全在社会公开，无形中就增加了预算编制部门的压力，促进部门预算编制更加科学合理。“要避免这类情况的出现，关键得提高财政预算的准确度，使预算价格最大可能地贴近市场实际，保持在合理利润范围内。也就是说，政府采购项目预算全面公开后，对预算单位的要求将更高。”陈志标说。

二、招标采购文件的作用

1. 招标采购文件的作用

招标采购文件作为招标投标活动的纲领性文件，具有以下作用：

- (1) 招标采购文件是招标采购人表达招标采购愿望的申明；
- (2) 招标采购文件是招标采购人描述拟采购标的物商务和技术条件的说明；
- (3) 招标采购文件是招标采购人依法制定的招投标活动的游戏规则（包括程序、内容和办法）；
- (4) 招标采购文件是招标采购人和中标人签订书面合同的基础和依据。

2. 招标采购文件的法律属性

在招标采购活动中，发出招标采购公告和文件是以不特定人为对象的缔约意思，只是一种信息公布、引诱潜在投标人发出要约，因此不是要约，而是要约邀请。但招标的要约邀请却具有很大的特殊性，具有要约的某些特点：一是招标采购文件的内容明确、稳定；二是招标采购文件在投标有效期内对招标采购相对人具有一定的约束力。

鉴于采购方式的不同，采用招标方式的要约邀请称之为招标文件，采用竞争性谈判、询价的分别称之为竞争性谈判文件、询价通知书。

(1) 招标文件

招标文件的特点是有一个明确的“标”，供投标人一次性“投中”；对招标人最有利的投标人将成为“中标人”；招标文件的内容法定。《招标投标法》和《政府采购法》都对招标文件的

内容做出详细规定。

（2）谈判文件

谈判文件是招标文件的简化版。一般包括了竞争性谈判程序、谈判内容、合同草案的条款以及评定成交标准等的文件，并由谈判小组向符合相应资格条件的供应商发出。

（3）询价通知书

询价通知书是指由询价小组根据采购需求，向符合相应资格条件的供应商发出的，让其报价的文件。

三、公开采购项目预算金额

基于政府采购应遵循的公平竞争原则，法律要求采购人或采购代理机构采用招标方式、竞争性谈判方式或者询价的方式进行采购时，在其提前公布的招标文件、谈判文件或者询价通知书上应公开采购项目预算金额。其金额以“二上数”中的政府采购预算为依据，部门预算来列明采购项目的应依实际进行分解，对于按年度安排不宜按年度拆分的采购项目，应公开采购项目的采购年限，概算金额和当年安排数。这样做，一是有助于实现采购行为的公正透明化，方便社会和政府有关部门监督；二是在方便供应商准确报价的同时防止少数潜在投标人或供应商“围标”或哄抬物价。

但是，公布预算后也有可能产生削弱竞争的消极后果。有观点认为，公开采购预算对项目、采购人及供应商都不利。具体来说，若预算高于市场价，可能诱导高价，导致采购人需多花冤枉钱，不利于节约财政资金；若预算低于市场价，则可能出现没有供应商投标而直接废标，导致项目无法实施，或重新调研论证后再实施，这也必然影响项目进程。另一种情况是供应商不顾成本压低报价，只是赔本赚吆喝，其结果也是导致项目无法实施，或者偷工减料成豆腐渣工程，不利于供应商生存和社会发展。

【案例 4-2】

北京××科技股份有限公司等诉佛山市××区 财税局财政行政处理案^①

原审法院审理查明：2013 年 4 月 1 日，佛山市××区政府采购中心发布《佛山市××区政府采购公开招标文件》，对佛山市××区环境运输和城市管理局综合业务系统一期工程（项目编号：SD12189-2）项目（以下简称 SD12189-2 项目）进行公开招标采购，采购预算为 1000 万元。2013 年 4 月 24 日，佛山市××区政府采购中心组织公开招投标活动，××公司、佳×新太科技股份有限公司（以下简称佳×公司）、广州华×资讯科技有限公司（以下简称华×公司）、广东优×信息通信股份有限公司（以下简称优×公司）、北×软件有限公司参与了该项目的投标，结果××公司以商务总分 15 分、技术总分 48.54 分、报价总分 3.49 分，总得分 67.03 分排名第一中标。

2013 年 5 月 31 日，佛山市××区政府采购中心在网站公布了中标信息。2013 年 6 月 7 日，佳×公司就 SD12189-2 项目的招投标活动向佛山市××区政府采购中心提出质疑，该中心于同年 6 月 18 日就佳×公司的质疑做出质疑答复函。2013 年 7 月 3 日，佳×公司通过邮寄

^① 广东省佛山市中级人民法院，佛中法行终字第 126 号，北大法宝，<http://www.pkulaw.cn>。

方式向××财税局提交投诉书及相关附件，投诉事项为“优×公司对SD12189-2项目的报价150万元远低于成本价及专家评分明显存在不公”，××财税局收到佳×公司的投诉后，经审查于2013年7月9日向该公司邮寄送达《关于补充政府采购投诉资料的通知》，要求佳×公司补充相关材料。佳×公司于2013年7月10日收到该通知后，于同年7月15日再次向××财税局重新提交了投诉书及附件。

2013年7月17日，××财税局正式受理佳×公司对SD12189-2项目的投诉。经调查，××财税局于2013年7月29日做出（顺）财采决（2013）4号《政府采购投诉处理决定书》，并于同年7月30日送达佛山市××区政府采购中心，于同年7月31日分别送达××公司、佳×公司、广州华×资讯科技有限公司（以下简称华×公司）、广东优×信息通信股份有限公司（以下简称优×公司）、北×软件有限公司及佛山市××区环境运输和城市管理局。

××财税局根据《佛山市××区政府采购公开招标文件》、《佛山市××区环境运输和城市管理局综合业务系统一期工程（SD12189-2）项目的中标公告》、佳×公司分别于2013年7月4日和2013年7月15日提交的《投诉书》及附件、各投标人的报价文件等证据，认定SD12189-2项目的投标人优×公司等单位报出明显低于其他投标报价且明显低于该项目采购预算的报价，评标委员会并未做出任何处理，直接确认所有投标报价有效违反了相关法律的规定，事实清楚，证据确凿。

××公司不服，向佛山市××区人民政府申请行政复议，该府做出×府行复案（2013）76号《行政复议决定书》，维持了××财税局做出的具体行政行为，××公司于同年10月11日收到该《行政复议决定书》。

综上，××公司请求法院撤销××财税局做出的（×）财采决（2013）4号《政府采购投诉处理决定书》的理由不充分，不予采纳。××财税局的辩解有理，予以支持。

【审理剖析】

本院认为：本案中，原审第三人分别于2013年7月3日和2013年7月15日提交了《投诉书》及附件、各投标人的报价文件等材料，投诉SD12189-2项目的投标人优×公司报出150万远远低于成本价的报价，违反了相关法律法规的规定，请求确认本次投标作废标处理。被上诉人经调查发现，SD12189-2项目招标文件中已经标明该项目的采购预算为1000万元，在本次招投标中，北×软件有限公司的报价为938万元、上诉人××公司860万元、原审第三人780万元、华×公司430万元、优×公司150万元。其中华×公司430万元与优×公司150万元的报价分别只有预算的43%及15%，与北×软件有限公司的最高报价938万元分别相差508万元和788万元。由此可以判断，优×公司、华×公司的报价明显低于该项目预算价且明显低于其他投标报价。

综上，被上诉人做出（×）财采决（2013）4号《政府采购投诉处理决定书》，认定评标委员会的行为违反《评标委员会和评标方法暂行规定》，依据《政府采购供应商投诉处理办法》第十九条的规定决定SD12189-2项目的中标结果无效，责令重新开展采购活动结果正确。原审判决维持上述处理决定正确，依法亦应予维持。

【法理分析】

在本案中主要涉及的争议焦点问题是××区财税局做出的《政府采购投诉处理决定书》中涉及的一个关键问题：优×公司等单位的报价是否明显低于项目预算价且明显低于其他项目报价。

在本案当中，佛山市××区政府采购中心发布《佛山市××区政府采购公开招标文件》，对佛山市××区环境运输和城市管理局综合业务系统一期工程（项目编号：SD12189-2）项目（以下简称SD12189-2项目）进行公开招标采购，招标文件中明确此采购项目的预算金额为1000万元，公开采购项目的预算金额，为该案中的争议焦点的解决提供了有效的证据支持。

法律规定，在招标文件、谈判文件、询价通知书中公开采购项目预算金额，是采购人、采购代理机构的一项法定义务，是促进市场公平竞争、维护市场正常秩序的必然要求，是贯彻“公开是最好的阳光”的必然要求，是促使部门预算编制更加科学合理的必然选择。

实践中，对于明显低于预算或可能低于成本的投标文件，评标委员会应当主动向该投标人提出澄清，投标人不能解释或者其解释不能使评标委员会采信其投标价的合理性，评标委员会应当否决其投标。

第三十一条 招标文件提供期限、澄清和修改

第三十一条 招标文件的提供期限自招标文件开始发出之日起不得少于5个工作日。

采购人或者采购代理机构可以对已发出的招标文件进行必要的澄清或者修改。澄清或者修改的内容可能影响投标文件编制的，采购人或者采购代理机构应当在投标截止时间至少15日前，以书面形式通知所有获取招标文件的潜在投标人；不足15日的，采购人或者采购代理机构应当顺延提交投标文件的截止时间。

【条文释义】

本条具体说明了招标文件的提供期限和对招标文件的澄清、修改的相关规定。招标文件的提供期限和对招标文件的澄清、修改直接关系到采购活动的公平、公正性。

一、招标文件的提供期限

《政府采购法》第三十五条规定“货物和服务项目实行招标方式采购的，自招标文件开始发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，不得少于20日。”此条款规定了招标人给潜在投标人编制投标文件确定的最短时间期限，也就是投标截止日期，以保证潜在投标人有充分的时间了解招标人的招标意图，编制响应招标人实质内容的投标文件。在充分体现了法律的公平性的同时也兼顾了采购效率的原则，保障了潜在投标人的合法权益。

但是，法律没有规定招标文件的提供的期限，这显然是不够的。这是因为，如果提供招标文件的时间没有法定期限，该期限过长或者过短，潜在投标人都有可能由于获得信息的迟滞性而无法及时获得招标文件，从而可能失去投标的机会。

因此，本条第一款就对招标文件的提供期限做出补充规定，即招标文件的提供期限自招标文件开始发出之日起不得少于5个工作日。招标文件的提供期限也就是该招标文件的公开发售期限。注意到这里法律规定的是工作日，而不是以日历日计算。与此同时，法律规定不得少于5个工作日，换句话说，这里的5个工作日是期限的下限，采购人、采购代理机构可以根据采购的实际情况、具体特点等，适当延长提供期限以保证投标人的合法权益。

在本《条例》关于期限的规定中，除了《招标投标法》有明确规定的期限如本条第二款规定的15日等以日历日表述外，其余的均以工作日为行为期限。

二、对已发出的政府招标文件进行澄清或修改的要求

（一）对已发出招标文件进行必要澄清或修改为选择性权利

采购人或采购代理机构可以对已发出的招标文件进行必要的澄清或修改。

针对已经发出的招标文件，若是采购人或采购机构确实发现文件中有影响文件实质性内容的错误或者文字表述，可以对其进行必要的澄清或者修改。这里说的是“可以”，属于选择性条款，这项义务的履行对于采购人或采购代理机构而言，应当依据实际情况确定。

（二）需要澄清或者修改须满足非常重要的约束性条件

澄清或者修改的内容可能影响投标文件编制的，采购人或者采购代理机构应当在投标截止时间至少 15 日前，以书面形式通知所有获取招标文件的潜在投标人。

法律在保护采购人合法权利的同时也要兼顾采购效率，本条对招标文件中存在需要澄清或者修改后是否需要满足“投标截止前 15 日”的要求，增加了一个非常重要的约束性条件：“可能影响”投标文件编制的。法条没有对如何判断“可能影响”的主体、程序做出明确的规定，在实践中，只要招标采购双方无异议即视为不影响，就可以保证按照原确定的投标截止时间开标。这样在保障潜在投标人、供应商合法权益的同时也可以提高采购效率。当然如果由投标人、供应商认为其内容有影响投标文件编制的可能性，采购人或采购代理机构适当延长投标截止时间，满足距离投标截止时间前 15 日的规定，以保证潜在投标人有足够的时间编制投标文件。

（三）政府采购供应商的无差别待遇或者非歧视待遇

根据《政府采购法》第五条的规定“任何单位和个人不得采用任何方式，阻挠和限制供应商自由进入本地区和本行业的政府采购市场。”第十条第一款规定“政府采购应当采购本国货物、工程和服务。”因此，采购人或采购代理机构发出的招标文件应当是针对全国范围内的供应商，给予供应商差别待遇或者歧视待遇是不符合法律规定的。这里所说的“通知所有获取招标文件的潜在投标人”，就需要采购人或采购代理机构综合考虑全国范围内所有的会做出投标文件的潜在投标人，给予一视同仁的待遇。

而且，法律在通知方式上做出了明确的规定，必须使用书面的方式，包括纸质的文件、信件，也包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等数据电文，有利于保证潜在投标人及时、准确地获取相关的信息，及时对投标文件做出相关调整，实现自身利益最大化。

【案例 4-3】

开标前临时取消资质要求违法^①

2006 年，某市财政部门收到了三份关于同一采购项目的联名投诉。据了解，事情的经过：某招标公司受×高校委托，就其食堂所需灶具设备公开招标。截止开标时间，共有三家供应商前来投标。唱标时，招标公司发现，三家供应商中，有一家未提供招标文件要求的“本市卫生局出具的××资质”，于是招标公司致电该卫生局，了解有关此资质文件的审批情况。招标公司从卫生局获知，由于此资质推行的时间不长，一些灶具厂还不知道此资质，目前，本市只有两个灶具厂申请并通过了此资质审查。

^① 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京：中国金融出版社，2011 年第 1 版。

招标公司在得知这一情况后，为了避免因投标人不足三家而废标，便临时宣布不再需要招标文件中要求的“本市市卫生局出具的××资质”。于是，开标活动继续进行，结果不具备此资质的N灶具设备公司成为预中标供应商。得知这一结果后，提供了卫生局出具的“××资质”的两家供应商非常不满：“要是你们不要求此资质，我们在投标文件中就不会如此报价了……”其他灶具生产厂家在开标结束后得知招标公司取消了对“卫生局出具的××资质要求”时，也感到十分遗憾——早知道会这样就参加这次投标了。

【法理分析】

对投标人的资质要求是招标文件的重要组成部分，在开标前临时取消招标文件要求的资质是对招标文件的重大修改。法律上赋予了采购人、采购代理机构对已经发出的招标文件进行必要的澄清、修改的权利，但考虑到招标人对招标文件进行澄清、修改会直接关系到投标人是否需要重新修改或编制投标文件，是否愿意投标并直接影响其能否中标。因此，法律对招标人修改招标文件做了严格的时间和程序限制，不能随意、盲目进行，以保证招标程序和结果的公平。

在本案例当中，招标公司临时宣布不再需要招标文件中要求的“本市市卫生局出具的××资质”的做法属于程序违法，法律规定“采购人或者采购代理机构应当在投标截止时间至少15日前，以书面形式通知所有获取招标文件的潜在投标人”，并可能导致改变中标结果。本次招标的结果是，取得“××资质”的企业不能中标，没有“××资质”的企业投标人反而中标。除了违反相关法律规定之外，有关部门是否需要或者能否设置该项许可也是引起我们认真思考的因素之一。

第三十二条 招标文件

第三十二条 采购人或者采购代理机构应当按照国务院财政部门制定的招标文件标准文本编制招标文件。

招标文件应当包括采购项目的商务条件、采购需求、投标人的资格条件、投标报价要求、评标方法、评标标准以及拟签订的合同文本等。

【条文释义】

本条是对招标文件标准化及其应当包含的内容做出的具体界定。

一、采用标准招标文件缘由

（一）采用标准招标文件是实现政府采购标准化的前提

在招标投标活动中，招标文本是招标人在本次招标中的要约邀请。所谓标准招标文本就是对招标文件的具体格式、内容等进行标准化的规定，提高了招标活动的质量和效率，同时还体现了公平分配，提高招标活动的质量和效率，也是实现招标采购电子化的前提条件。

招标文件主要包含了本次招标的一些程序性的规定和拟签订合同的主要内容等。出于对法人自身责任的考虑本能，招标人在编制上述文件中可能会单方面增加对己方有利的条款，删节对投标方有利的条款，在起点即造成不公平。为此，国家有关部门组织有关专家编写了标准文本，并通过立法要求依法必须招标的项目应当使用标准文本，以体现公平并规范市场。

（二）政府采购使用标准招标文件是法律的要求

在《招标投标法》规范的招标投标活动中，法律规定，依法必须招标的项目应当使用标准文本。在政府采购中，所有招标采购项目都使用财政性资金，因此法律规定，所有政府采购项目都应当按照标准文本来编制自己的招标文件，以保证政府采购基础的公正性。

二、标准招标文件的构成及其法定的具体内容

（一）标准招标文件的构成

1. 招标文件按照功能作用的三分法

（1）阐述招标项目需求概况和招标投标活动规则的信息。

招标文件主要包括招标公告或投标邀请书、投标人须知、评标办法、投标文件格式等，其无疑可以对参与项目招标投标活动各方均形成具有法律约束力的要约邀请，但一般不构成招标投标有效成立后的合同文件的组成部分。

（2）全面描述招标项目需求的法律文件。

如采购需求或工程量清单、设计图纸、技术标准和要求、合同条款等，其既是招标投标活动的主要依据，也是合同文件构成的重要内容，对招标人和中标人自然具有法律约束力。

（3）招投标参考资料。

即供投标人了解分析与招标项目相关的参考信息，如项目地址、水文、地质、气象、交通等参考资料。

2. 标准招标文件按编写内容不同的两分法

（1）投标邀请、投标人须知、投标文件格式等通用文件。

作为标准招标文件的一部分，招标人依据空格要求填写即可。

（2）需要专业采购人编写的特定采购的专有内容。

如商务条件、技术需求、投标人资格条件、投标报价要求、评标方法、评标标准和拟签合同文本等。政府采购而言，关于招标文件内容的规定依法对专用部分做了具体的规定。

（二）政府标准采购招标文件的法定内容

本条规定了招标文件应当包含的法定内容：包括采购项目的商务条件、采购需求、投标人的资格条件、投标报价要求、评标方法、评标标准以及拟签订的合同文本等。

1. 政府采购商务条件

其是指政府采购的供应商在商务方面需具备的条件要求。通常包括：合同标的交付时间、地点、条件；合同标的支付方式、币种；责任划分条款；违约条款等。编写招标文件的商务条件，一要考虑采购人的采购需求；二要考虑到商务条件与供应商投标报价之间的关系，往往商务条件要求过高的，供应商投入的成本和承担的风险就会越高，因此报价就会越高。

2. 政府采购需求

其是指采购人、采购代理机构之所以开展政府采购活动所要满足的政府自身日常活动的需要。本《条例》第十五条第二款规定了编写采购需求的要求，详见第十五条采购需求的分析。

3. 投标人的资格条件

《政府采购法》第二十一条、第二十二条对供应商的资格条件进行了明确的规定。第二十一条规定“供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人。”第二十二条规定“供应商参加政府采购活动应当具备下列条件：

- (一) 具有独立承担民事责任的能力；
- (二) 具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度；
- (三) 具有履行合同所必需的设备和专业技术能力；
- (四) 有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录；
- (五) 参加政府采购活动前3年内，在经营活动中没有重大违法记录；
- (六) 法律、行政法规规定的其他条件。

采购人可以根据采购项目的特殊要求，规定供应商的特定条件，但不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇。”

本《条例》第十七条、第十九条又对此二十二条的某些规定做了细化。

此外，本《条例》第十八条、第二十二条第二款也对供应商的资格条件做了限制性的规定。第十八条规定“单位负责人为同一人或者存在直接控股、管理关系的不同供应商，不得参加同一合同项下的政府采购活动；除单一来源采购项目外，为采购项目提供整体设计、规范编制或者项目管理、监理、检测等服务的供应商，不得再参加该采购项目的其他采购活动。”第二十二条第二款规定“以联合体形式参加政府采购活动的，联合体各方不得再单独参加或者与其他供应商另外组成联合体参加同一合同项下的政府采购活动。”

4. 投标报价要求

投标报价要求与采购需求密切相关，采购人、采购代理机构在编制投标报价要求时，应当具体包含采购需求的全部内容。同时，投标报价要求还需要考虑到在合同履行当中可能存在的违约赔偿的问题，使赔偿数额有依据性、合理化。

5. 评标方法和评标标准

根据本《条例》第三十四条的规定，“政府采购招标评标方法分为最低评标价法和综合评分法。”评标方法法定两种：最低标价法和综合评分法。同时，评标标准也有两种：满足全部实质性要求且投标报价最低，或者是技术、服务等标准统一的货物和服务项目，适用第一种方法；满足全部实质性要求且量化指标得分最高，适用第二种方法。

6. 拟签订合同的合同文本

合同文本是招标文件的重要组成部分，招标文件中的拟签订合同的合同文本能够记录所有的招标结果。因此，招标文件中应当包括拟签订的合同文本，使之后签订的正式的采购合同能够实现更好的履行。

(三) 实践中招标文件的格式

实践中招标文件的格式主要包括以下内容：

- ① 招标公告或投标邀请书；
- ② 投标人须知；
- ③ 评标办法；
- ④ 合同条款；

⑤ 采购需求或技术要求；

⑥ 格式文件。

法律规定的法定内容分别包含在上述章节中，招标公告或邀请书是投标人投标的法律依据；招投标人须知告知投标人编制文件的依据、资格、程序等注意事项；评标办法告知投标人中标的条件；合同条款告知投标人中标后双方的权利义务；采购需求或技术条件是对本次招标的标的描述；最后是一些格式性文件，满足招标程序评审或电子化的需要。

有关行业和部门根据自身特点在行业或部门标准招标文件的结构设计中，将上述内容作适当的细化或调整。如住房和市政工程项目招标文件，将上述“技术要求”分解为标准，图纸和清单，连同其他内容构成四卷八章。第一卷第一章招标公告或邀请书，第二章投标人须知、第三章评标办法、第四章合同条款及格式，第五章工程量清单；第二卷第六章图纸；第三卷第七章技术标准和要求；第四卷第八章投标文件格式。

【案例 4-4】

招标文件不规范的经验教训

本项目采购是某网络运营商为某市公安局提供的信息安全服务项目。项目内容包括 1230 个监控点的视频监控系统建设、运行、维护服务。

本次招标准备采取了邀请招标的方式，由建设单位委托招标代理机构（以下简称“招标代理”）组织招标。在招标文件会审制订过程中，建设单位要求根据视频监控点类别预估比例要求投标人对监控点每月单点综合外包服务费用进行报价（即每个监控点建设及每月正常运行所需要的费用）。但是监控点预估比例由于监控点地点及形式由公安局根据实际地点情况指定，难以给出准确的监控点类别比例，无法计算确定每月单点综合外包服务费用的预估报价。建设单位又需要控制每月单点综合外包服务费用，须进行限价。

鉴于此情况，招标代理建议将监控点费用不能确定的部分剔除，主要为材料部分，并且考虑到服务内容、服务点的不确定性和工期要求，不进行招标，采用年度供应商的模式进行采购谈判。最终本项目以年度供应商评审的模式完成，并选定了相应的服务供应商。

【专家评议】

本项目开始阶段准备不足，由于项目的原因，对监控点的比例没法进行确认，由于服务费用估算模型的限制，在没有监控点比例的情况下不能确定监控点服务费用的预算报价。若强行进行招标，则必然存在投标人在不同类别的监控点报出不同的服务费用报价，而由于不同类别的监控点数量不确定，存在工程投资预算无法控制的情况。

一个采购项目进行招标，必须有明确的标的，项目内容必须清楚明了，《中华人民共和国政府采购法》第三十二条规定“采购人或者采购代理机构应当按照国务院财政部门制定的招标文件标准文本编制招标文件。招标文件应当包括采购项目的商务条件、采购需求、投标人的资格条件、投标报价要求、评标方法、评标标准以及拟签订的合同文本等。”本项目由于工程监控点的不确定、服务内容不明确，造成后续各种问题，无法要求投标人进行报价。

对于视频监控此类比较复杂的大型项目，进行招标，必须首先对项目需求进行分析，监控点数量、类别、具体技术要求等进行统计确认，建设单位可以组织相关设计单位进行现场勘察，与公安局等安全部门进行沟通协调，对于难以确定监控点数量的问题，可以采取报多种监控点的服务费用单价的方式，然后估算各种监控点的比例权重，最终计算出一个综合服务费用单价进

行评价的方式。同时,根据《中华人民共和国招标投标法》第二十一条“招标人根据招标项目的具体情况,可以组织潜在投标人踏勘项目现场。”建设单位及招标代理机构可组织潜在投标人对项目有代表性的现场进行勘察,有利于各潜在投标人准确报价及更好地做出相关服务承诺。

本文作者:广东电信建设开发有限公司 石羽

第三十三条 招标、竞争性谈判、询价的保证金

第三十三条 招标文件要求投标人提交投标保证金的,投标保证金不得超过采购项目预算金额的2%。投标保证金应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式提交。投标人未按照招标文件要求提交投标保证金的,投标无效。

采购人或者采购代理机构应当自中标通知书发出之日起5个工作日内退还未中标供应商的投标保证金,自政府采购合同签订之日起5个工作日内退还中标供应商的投标保证金。

竞争性谈判或者询价采购中要求参加谈判或者询价的供应商提交保证金的,参照前两款的规定执行。

【条文释义】

本条是对有关投标保证金的相关内容的具体说明。竞争性谈判或者询价采购中要求供应商提供保证金的,参照投标保证金的相关规定执行。

一、投标保证金的作用

《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)是关于担保的专门性法律,可以说是担保行业的基本大法。《担保法》中规定担保的形式有保证、抵押、质押、留置和定金。保证金是保证的金额,保证则是担保的一种形式,同样源于《担保法》的规定。从二者的基础可以看出,担保是专有名词,保证也是专有名词,但保证金是保证的衍生名词。因此,投标保证金与投标担保不能混为一谈。

投标保证金是《担保法》担保形式的一种。行业内普遍认为,招标人发出招标公告、出售招标文件的行为应被视为要约邀请,投标人递交投标文件被称之为要约,招标人发出中标通知书被视为承诺,根据《合同法》第二十五条规定“承诺生效时合同成立。”鉴于招标行为的特殊性,这里成立的合同,要约承诺构成合同关系,我们称之为预约合同。2012年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条规定“当事人签订认购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同,约定在将来一定期限内订立买卖合同,一方不履行订立买卖合同的义务,对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”首次在法律上正式承认了预约合同。《买卖合同司法解释》第二条严格区分预约合同和本约合同,所谓的本约合同,是指当事人依据预约合同所最终订立的合同。

引进“预约合同”的概念有利于追究合同双方的违约责任而不是缔约过失责任,强化合同双方履约的义务和责任。《买卖合同司法解释》第二条规定了违反预约合同的责任,这是十分必要的。之所以要区分预约合同和本约合同,是因为在很大程度上违反两者的责任是不同的。预约合同既然独立于本约合同,因此其应当具有独立的效力,确立预约合同的重要目的也在于此。预约合同虽然是在本约合同的订立中发生的,但也不应适用缔约过失责任。因为既然预约已经构成独立的合同,而且,当事人已经就未来订立合同达成了协议,就应当强化该合意的约

束力，如果仅仅通过缔约过失责任制度来追究责任，就难以实现当事人的缔约目的，更何况，缔约过失责任也无法替代违反预约合同的责任，如违反预约合同的责任首先是继续履行签订本约合同的义务，这种责任显然是缔约过失责任所无法包括的。

本条规定，招标文件要求投标人按照招标文件的相关规定提交投标保证金的，体现了民事合同中的平等自愿的原则。缴纳投标保证金不是采购人、采购代理机构的法定权利，在招标文件中可以约定缴纳，也可以不约定，完全可以视市场成熟度、供应商的诚信度或者采购的项目要求而定。实际上，投标保证金是投标人或供应商是对招标采购人在预约合同中保证履行要约的担保。

二、投标保证金的担保性质

投标保证金属于物权的范畴，是一种质押担保方式。投标保证金是一种属于《担保法》规定中的质押担保，投标保证金只是在标的和处分方式上存在特殊之处，其他特征几乎与质押特征一致，并且这种特殊并不影响质押担保的性质。

所谓质押是指债务人或者第三人将其动产或权利移交债权人占有，用以担保债权履行的担保。质押后，当债务人不能履行债务时，债权人依法有权就该动产或权利优先得到清偿。债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产或权利为质物。质权是一种约定的担保物权，以转移占有为特征。

质权分为动产质权和权利质权。所谓的动产质权是指债权人占有由债务人或第三人因担保债权而移交的动产；质押的一个重要的特征是可以以权利质押，所谓的权利质权是指以所有权、用益物权以外的可让与的财产权利为标的而设立的质权，根据《物权法》第 223 条的规定，债务人或者第三人有权对下列权利设立质押，主要包括汇票、本票、现金、支票等。

在招标采购活动中，如果出现中标人不签订合同等反悔行为，招标人可以不退还其投标保证金以弥补招标人的损失。

三、投标保证金的数额限定以及提交形式

（一）旨在尽可能减低投标担保的交易成本

在招标文件中明确要求投标人提交投标保证金的数额限定和形式的规定充分体现了法律在实施可靠担保的同时尽可能减低交易成本的立法意图。

法律规定投标保证金不得超过采购项目预算金额的 2%，用于弥补中标人不履约的损失；其提交方式为应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式。这里的现金指狭义的现金，即现钞。之所以规定非现金方式，一是依据国务院《现金管理暂行条例》和中国人民银行《现金管理暂行条例》规定，投标保证金不属于采用现金结账的适用范围，故为规避风险应当使用非现金方式提交；二是为了减低采购成本，如某国有建筑企业年产值 100 亿元人民币，其收益来自 100 个合同，平均每个合同金额为一亿元。中标率是 10%，则该企业需要投标 1000 次，每次缴纳投标保证金最高限额 80 万元，那么该企业每年需要缴纳的投标保证金需要 8 亿元，考虑到退还率为 50%，在质押过程中有 4 亿现金流将沉淀在保证中，还有履约保证金资金的占用，这些保证对企业是一个巨大沉重的负担。因此，法律规定投标保证金应当以非现金形式提交。

（二）法律规定投标保证金支付的形式

（1）支票

支票是由出票人签发，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时，无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票分为现金支票和转账支票。对于用作投标保证金的支票，是由投标人开出，并由投标人交给招标人，招标人再凭支票支取资金。

（2）汇票

我国的《票据法》第十九条规定“汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时，或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。”汇票一般可以分为：商业汇票和银行汇票。对于用作投标保证金的汇票，若是银行汇票，则由银行开出，交由投标人递交给招标人，招标人再凭银行汇票兑取汇款。

（3）本票

我国的《票据法》第七十三条规定“本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。本法所称本票，是指银行本票。”对于用作投标保证金的银行本票，是由银行开出，交由投标人递交给招标人，招标人再凭银行本票兑取资金。

（4）保函

保函，又称作保证书，是指银行、保险公司、担保公司或个人，应申请人的请求，向第三方开立的一种书面信用担保凭证，担保在申请人未能按双方协议履行义务时，由担保人代其履行一定金额、一定期限范围内的某种支付责任或经济赔偿责任。对于用做投标保证金的保函，当投标人不履行一定的义务时，由开具保函的第三方向招标人承担相应的责任。

四、退还供应商投标保证金的时间要求

为了避免采购人长时间占用供应商的资金，影响采购活动的顺利开展以及采购的质量和结果，因此，本《条例》规定了投标保证金的退还时间。这是采购人、采购代理机构的一项法定义务。

（一）未中标供应商的投标保证金的退还时限

自中标通知书发出之日起5个工作日内退还未中标供应商的投标保证金。

本《条例》第四十三条第二款的规定：“采购人或者采购代理机构应当自中标、成交供应商确定之日起2个工作日内，发出中标、成交通知书，并在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告中标、成交结果，招标文件、竞争性谈判文件、询价通知书随中标、成交结果同时公告。”

《条例》上述条款具体规定了中标通知书的发出时间。本条规定以此为计算基点“5个工作日内”退还未中标人保证金，如果遇到节假日或休息日，自动顺延。

（二）中标供应商的投标保证金的退还时限

自政府采购合同签订之日起5个工作日内退还中标供应商的投标保证金。该条规定的期限也是“5个工作日内”，但基点是政府采购合同签订之日起计算。

上述规定都是退还保证金最长的期限，在期限内应当尽快退还保证金，尽量减少交易成本。

本《条例》将未中标的供应商和中标的供应商的投标保证金的退还时间做出了区别规定，能够进一步减轻未中标供应商的资金负担，也在很大程度上的促使中标供应商及时与采购人签订采购合同，提高合同的履行效率。

五、竞争性谈判或者询价采购提交保证金的同样适用

针对竞争性谈判或者询价采购中也需要对供应商进行必要约束的要求，本条规定了对这两种

采购方式可参照适用的规定，也即参加竞争性谈判或者询价的供应商需提交投标保证金的，参照前两款的规定执行。扩大了投标保证金的适用范围，在制度上保证了这两种采购方式的严肃性。

六、关于投标保证金的法律责任

法律规定，若是招标文件中明确规定投标人应当提交投标保证金而未提供的，投标无效。

依据《担保法》的规定，关于投标保证金的约定属于作为主合同的招投标合同的从合同，所以投标保证金合同属于投标文件的组成部分。本条款中所指“招标文件中明确规定”包含了保证金应当在投标截止前缴纳和依照规定的数额、有效期和形式予以缴纳的两项规定；同理，既然投标保证金合同是投标文件的组成部分，招标文件要求保证金缴纳的截止时间和投标截止时间不是同一时间也是不妥的。

【案例 4-5】

东×电梯股份有限公司与山东三×集团有限责任公司 建设工程施工合同纠纷案^①

原告东×电梯公司诉称，原、被告于2008年2月20日商定，原告参与被告三×彩石山庄项目电梯招标事宜，原告于2008年2月21日向被告交纳了投标保证金5万元（现金），被告开具了收据。但被告至今未开标，也未退还原告的投标保证金，现原告诉至法院，请求：（1）判令被告依法返还原告投标保证金5万元；（2）判令被告赔偿原告保证金的利息（自2008年2月21日起至判决生效之日，按银行同期贷款利率计算）；（3）依法判令被告承担本案诉讼费。

经审理查明，原、被告于2008年2月20日协商后，原告苏州东×液压电梯有限公司参与被告三×集团公司开发的三×彩石山庄项目电梯招标事宜，2008年2月21日，原告向被告交纳保证金5万元，被告给原告出具了收据。后因被告开发的三×彩石山庄项目停建，电梯招标事宜未能进行，被告三×集团公司未能将保证金退还给原告，后经原告多次催要未果。

另查明，苏州东×液压电梯有限公司于2008年6月27日变更为东×电梯（集团）有限公司，2010年7月27日变更为东×电梯股份有限公司。

本院认为，原、被告双方虽然未签订书面协议，但通过原告提交的收据和被告三×集团公司的答辩意见，可以认定原告东×电梯公司曾于2008年2月21日向原告三×集团公司交纳电梯投标保证金5万元的事实，后因开发项目停建，招标未能完成，被告三×集团公司未能将保证金退还，现原告东×电梯公司请求被告三×集团公司退还保证金，事实清楚，证据充分。对于被告三×集团公司辩称的已过诉讼时效的请求，本院认为，未能及时退还保证金是因被告资金不足，开发项目停建等原因造成的，过错在于被告方，故对于被告三×集团公司的答辩意见，本院不予采信。

对于原告东×电梯公司主张的利息的起算时间，本院认为，因原、被告双方均未证据证明定标的时间，故对于原告东×电梯公司主张的利息起算时间，本院认为根据招投标的交易习惯后推一个月即从2008年3月21日起计算为宜，对于超出的部分，本院不予支持。

【法理研究】

我国正处在社会主义初级阶段，市场秩序还不够规范。实践中往往会存在中标的供应商无

^① 山东省济南市历下区人民法院，历商初字第550号，裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

故不签订采购合同等情形，从而使采购人因为投标人的不正当行为而遭受损失，为了避免此种问题的发生，法律规定招标人可以在招标文件中规定投标人缴纳投标保证金。但是，为体现公正避免招标人滥用权利，法律对投标保证金的形式、数额和法定退还程序做出了具体规定。

在本案当中，原告东×电梯股份有限公司于2008年2月21日以现金形式向被告交纳了投标保证金5万元，根据本《条例》的相关规定，投标保证金的提交形式只能是支票、汇票、本票等非现金形式，不能以现金的形式提交投标保证金，鉴于此案发生在2008年，《条例》第七十九条规定的生效日期为2015年3月1日，且《条例》并不具有溯及力，（详见第七十九条释义）因此，即使此案于2015年5月20日审结，此行为也并不受到追究。

针对未及时退还投标保证金的行为，《条例》规定“采购人、采购代理机构应当自政府采购合同签订之日起5个工作日内退还中标供应商的投标保证金”，因此，退还投标保证金是采购人、采购代理机构的一项法定义务，且受到严格的时间限制，以保证投标人的合法权益。

《物权法》第213条规定，“质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外”，本合同对此没有约定，质权人返还质押物时，依照《物权法》的规定，其质押期间产生的孳息应当归出质人（投标人）所有，所以法院判决招标人归还投标人本金和同期银行利息是正确的。

应当指出的是，投标保证金作为投标文件的附合同也应当随主合同投标文件一起在投标截止前缴纳。本案投标人为急于中标在招标准备阶段单独缴纳保证金存在很大风险，本案就是一个深刻的教训。

第三十四条 评标方法

第三十四条 政府采购招标评标方法分为最低评标价法和综合评分法。

最低评标价法，是指投标文件满足招标文件全部实质性要求且投标报价最低的供应商为中标候选人的评标方法。综合评分法，是指投标文件满足招标文件全部实质性要求且按照评审因素的量化指标评审得分最高的供应商为中标候选人的评标方法。

技术、服务等标准统一的货物和服务项目，应当采用最低评标价法。

采用综合评分法的，评审标准中的分值设置应当与评审因素的量化指标相对应。

招标文件中没有规定的评标标准不得作为评审的依据。

【条文释义】

本条规定了两种招标评标方法——最低评标价法和综合评分法。

一、政府采购的评标方法法定

评标办法是招标文件的重要组成部分，评标办法包含了评标方法、评标标准、评审程序和评审结果四个方面的内容。在政府采购中为保证评标程序和结果的公正，本条第一款明确规定了在政府采购中两种法定的评标方法：最低评标价法和综合评分法。在政府采购部门规章曾经规定的性价比法在实践中很少采用，也缺乏对投标人之间的横向比较，《条例》没有将该方法列入法定评标方法之列。

二、最低评标价法的定义和适用条件

本条第二款对最低评标价明确做出定义：是指投标文件满足招标文件全部实质性要求且投

标报价最低的供应商为中标候选人的评标方法。

这种评标方法与《机电产品国际招标的评标方法》名称一致，都称为最低评标价法，但是评审方法的内容程序完全不同。

在机电产品国际招标中采用的最低评标价评标方法，是依照招标文件的约定，对投标文件中的商务和技术条件折算价格形成的价格，或者说是能够量化的、将给招标人带来潜在收益或风险的费用，用于综合比较投标人对招标文件的满足度。这个价格无须投标人确认，只用来在评标过程的排队使用。鉴于招标文件在设置商务和技术条件时对关键条件做了废标的规定，因此凡是参与最后评审排队的投标文件都能满足招标文件的实质性要求，评标价最低者中标并公示，但是签订合同依然按照中标人的投标报价（或修正价）签订，因为评标价不是投标价。投标价是投标人的要约，除了通过澄清并经投标人同意对投标人明显过失没有表达其真实意思可以修正外，招标人不能要求投标人改变投标价。

政府采购中的最低评标价方法无须量化商务和技术差异，程序简单，通过资格审查和符合性审查后，投标报价的投标人为中标人，也即只要满足资格要求和基本履约条件，凭投标报价就可决出胜负。该评标方法实际上属于《招标投标法》中规范的经评审的最低投标价法。

本条第三款规定了这种方法的适用条件：技术、服务等标准统一的货物和服务项目，应当采用最低评标价法。如果技术或标准不统一，会造成非价格因素差异较大，最低价中标将会给招标人带来很大的商务和技术风险。

三、综合评分法的定义和适用条件

本条第二款对综合评分法做出明确的定义：投标文件满足招标文件全部实质性要求，且按照评审因素的量化指标评审得分最高的供应商为中标候选人的评标方法。

该方法也是机电产品国际招标中普遍适用的一种方法，所不同的是机电产品国际招标采用的综合评价法其评审函数呈多样化，既可以是分值，也可以排队等多种评价形式；政府采购综合评分法其评审函数只有分数一种形式。该评标方法的特征是将投标文件中的技术和商务参数依据招标文件的约定由评委折算成分数，分数最高的投标人为中标人。该评标方法可以对非价格因素差异较大的投标文件，通过对多级子目的综合评价进行综合比较，从而选出综合指标最优秀的投标人。

该条第三款明确了该办法的约束条件：采用综合评分法的，评审标准中的分值设置应当与评审因素的量化指标相对应。即招标文件中的评审标准必须依据办法设定的各级子目确定分值的量化标准相对应，应当给评审专家一定的自由裁量权，但是，自由裁量的范围必须对应相应的标准，发挥专家的自由裁量权不能视为专家评审的任意性。

在评审实践中对于无法直接量化的指标，可以通过分段定性折算分值的办法计算分数。比如，某设备外部造型的评价可以分为，很美观、美观、一般、可以等4个档次；专家在4个选项进行判断，之后，依据招标文件的约定4个档次分别对应的分值是5分、4分、3分和2分。

该办法适用于对技术商务复杂且投标人差异较大项目的评审，缺点是如果招标文件的编制缺乏经验，评审专家的主观性可能影响评审结果的公正性。

四、招标文件约定的标准是评审依据

法律规定招标文件没有规定的评审标准不能作为评审的依据。换句话说，评审专家没有按

照招标文件的约定进行评审可能导致该评审专家的评审意见无效。在招标投标活动中，招标人编制招标文件包括制定评标标准，评审专家依据文件的标准评审、推荐合格的中标候选人，体现了法律的横向约束制度，以防止权力滥用，从而保证评审结果客观化、公正化。

【案例 4-6】

综合评分法分值设定应当合理

某大型中央级招标公司代理某国家机关监护仪的招标采购。由于采购量大，参加投标的公司非常多，竞争异常激烈。参加投标的公司中包括具有丰富投标经验的甲公司（投标产品为世界 500 强的美国某著名公司生产）和在国内市场占有率相当高的位于中国南方的乙公司。投标价格甲公司为每台 3.7 万元，乙公司为每台 2.3 万元，其他公司投标价格从 2.1 万元到 5.2 万元不等。招标文件规定评标采用综合打分法，具体要求：价格 30 分，技术水平 50 分，售后服务承诺 15 分，业绩 5 分。结果甲公司中标。

得知中标结果后，乙公司认为，其产品完全满足招标文件，而且某些指标优于招标文件。在专家打分时，乙公司产品技术得分最高，同时价格比甲公司每台低 1.4 万元。乙公司认为自己的产品比甲公司质量好且价格低，但却让甲公司中了标。因此，乙公司向招标公司提出了质疑。

招标公司收到质疑以后认为，评标委员会是按照招标文件和既定的评标细则进行评标的。乙公司产品尽管技术得分最高，但价格得分低，综合得分低于甲公司因此不能中标。招标公司对此结果无能为力。

【专家评议】

本项目争议的关键是价格打分的方法。招标公司只在招标文件中规定了价格分的最高分值为 30 分，但未规定计算方法。而在评标开始前招标公司提供给评标委员会的评标细则中的价格分计算方法为平均价格法，即去掉一个最高价和一个最低价后计算平均值为基准价，高于或低于基准价的都要进行扣分。综合各公司的投标价格后的平均价为 3.5 万元。由于甲公司价格（3.7 万元）与基准价相比差距较小，因此得了 28 分；而乙公司价格（2.3 万元）与基准价相比差距较大，仅得了 16 分。尽管乙公司在技术评分上取得了最高分，但仍由于价格分差距太大，总分低于甲公司而未能中标。而造成乙公司价格分低的原因却是乙公司价格太低。

招标公司强调，评标是按照程序进行的，因此结果只能如此。那么本项目评标程序上真的没有问题吗？恰恰相反，本项目在评标程序上是有问题的，本项目评标采用的价格分计算方法不符合招标文件规定，违背了招标最根本的竞争原则。

《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第五十五条规定：“在评标中，不得改变招标文件规定的评标标准、方法和中标条件”。招标公司只在招标文件中规定了价格分的最高分值为 30 分，但未规定具体计算方法。按照一般的理解，招标竞争是价格、技术和服务的综合竞争。投标价格越低（低于成本除外）、质量越高、服务越好，得分应该越高。在招标文件没有给出具体价格打分方法的情况下，投标商进行价格竞争是无可厚非的，也是符合招标采购的根本目的的。可是，评标委员会在评标时采用了平均价格法进行价格计算，造成价格越低得分越低的不正常现象，因此使得投标价格低的投标人的利益受到了损害。由于平均价格法不是本项目招标文件规定的价格分计算方法，因此不能在本项目评标中使用。

出现本案争议的原因是采购代理机构在组织评标过程中的随意行为造成的。为避免招标中出现此类问题，因该注意以下几点：

1. 评标办法应该写入招标文件

为了避免投标人对评标过程的质疑，采购人和采购代理机构应该把评标办法写入招标文件，让所有投标人都知道。这里所说的评标办法不是仅仅规定采用综合打分法即可，而是应该包括分值的设定、价格分计算公式或评分办法、技术指标评分规则、资质和售后服务评分规则等详细内容，使得投标人根据招标文件即可对自己的得分情况有大致地了解。

当然，有些采购人不愿意把评标办法在招标文件中公布，其目的还是为了给采购人在评标过程中的操作留下余地。政府采购是一项阳光工程，它要求采购行为公开、公平、透明，采购人要接受投标人的监督。评标办法不公开，投标人就无法实施监督，投标人就无法在公平和透明的环境下进行竞争。对本项目而言，如果招标文件中规定了具体价格打分办法，就不会出现争议。当然，乙公司也不会以本案投标价格进行投标。

2. 货物招标应该采用低价高分的价格分计算方法

货物招标的理想化目标是中标货物满足技术要求的情况下技术水平最高、服务最好、价格最低。为了尽可能达到这个目标，评标方法也应该按照技术水平越高、服务越好、价格越低则得分越高来制定，只有如此，才能引导投标商以最好的技术和服务、最低的价格来进行竞争。

目前很多单位在进行货物招标时不欢迎低价中标，喜欢采用平均价格法评标，这是不符合政府采购的基本原则的。这种方法实际上干扰和阻碍了投标商的价格竞争，很容易造成投标商在价格上进行投机和低档产品高价中标情况的发生。

本文作者：中机国际招标公司 岳小川

第三十五条 需求不确定的竞争性谈判程序

第三十五条 谈判文件不能完整、明确列明采购需求，需要由供应商提供最终设计方案或者解决方案的，在谈判结束后，谈判小组应当按照少数服从多数的原则投票推荐三家以上供应商的设计方案或者解决方案，并要求其在规定时间内提交最后报价。

【条文释义】

本条是对谈判文件确定需求程序的补充规定。

一、非招标方式确定采购需求的特点

在非招标方式的采购中，同招标采购方式的最大特点——招标采购有“标”相比，非招标采购无“标”。所谓“标”就是明确的、不可更改的“标的物”，无“标”就是需求明确但具体的采购标准不明确或者看似明确但实际上是可以调整变化的，因此，需要通过谈判和供应商沟通，并由供应商提供最终设计或者解决方案，最终确定采购标的。

本条针对上述情况规定了确定采购需求的适用条件、确定主体和程序。

二、本条款的适用条件

俗话说，会买的不如会卖的。在竞争性谈判采购中，鉴于招标人和供应商信息的不对称，在竞争性谈判中，谈判小组发现采购文件原先拟定的采购标的可能不是采购人的最佳选择，或者原谈判文件只是一个框架需求，没有明确的商务和技术条件无法采购，需要和供应商沟通并由供应商最终提供设计和解决方案。在这种情形中，其决策主体和程序适用本条款。

三、确定采购需求的主体和程序

对于谈判文件中模糊采购需求的确定,应当由供应商提供最终设计方案或者解决方案,但是供应商提供的最终设计方案和解决方案往往不止一个,不同专家对不同方案的评价可能意见不一致。因此本法规定,在谈判结束后,评审小组通过民主表决的方式——少数服从多数的原则来确定最终的采购需求。在实践中,往往会有从若干供应商提供的技术或服务方案中选择其中一部分拼成混合方案作为最终采购标的的做法,也具有一定的合理性。

四、最终报价

法律规定“在谈判结束后,谈判小组应当按照少数服从多数的原则投票推荐3家以上供应商的设计方案或者解决方案,并要求其在规定时间内提交最后报价。”

作为竞争性谈判的法定程序,在谈判结束之后,被推荐的供应商需要在规定的时间内对确定的采购标的进行最后报价。这是因为,在该类模糊采购中,由于采购技术方案和解决方案的确定是一个谈判的结果,因此供应商需要一定的时间对其进行评估,并结合合同条件来确定最终报价。所以,虽然法条并没有明确规定提交报价的时间,但是采购人应当合理确定被推荐的供应商的报价时间。

供应商可以视自身情况做出选择,一是按照最终方案报价,二是退出谈判。这样的规定,一方面使采购人在谈判中获得供应商提供的最佳方案,另一方面也维护了其他供应商的合法权益。

【案例 4-7】

采用竞争性谈判采购养老服务

一、确定需求

采购需求的确定是制作采购文件的基础,也是影响招标方式和合同形式选择的重要因素。养老服务包括很多种,衡量每种服务的标准也不一致,虽然每位老人的需求都是特定的,但不能将所有老人的需求进行简单的加总。另外,采购人是政府,而服务的直接接受者是老人,但老人却没有直接参与采购过程,老人和政府间就形成了一个简单的委托—代理关系,政府如何能准确地描述老人们的需求,就使得采购需求的确定变得更加复杂。为了充分了解老年人的养老服务需求,在制定招标文件前,各地方相关的调查问卷、数字统计或其他形式的充分调研是不可或缺的。

首先,建议政府在采购开始前通过调查问卷、寻访等方法,充分了解各省市以及城乡老人们的生活状态和养老需求,同时也可调查各地养老机构的设备条件、人员配置和价格等情况。前期调查越详细越好,其内容可以包含老人需要何种层次的养老服务(如基本保障性的、陪护性的、治疗性的等)、需要什么形式的养老服务(如居家服务、社区服务、养老院形式等)、价格预期及其他诉求。对养老机构的调查也应该尽可能地全面,其内容可以包含养老机构近年来的经营状况、人员流动、软硬件的更新情况等。

然后,整合所搜集到的零散的个人需求信息。养老服务需求总体上可分为两类,一类是保障性养老需求,一类是特殊性养老需求。保障性养老需求是指维持和保障老人基本生存和生活条件,急需政府来保障的需求。老人们为我国的发展贡献了一生,当他们老的时候,作为在前人栽种的大树下乘凉的后辈,我们应该感谢并帮助他们,尤其是对贫困老人及失独老人等的关照,这也是中国传统思想——“老有所养”的体现,保障性需求必须划入采购需求当中。特殊

性养老需求是满足基本生存生活条件的需求,然而由于这类需求多种多样、难以统一,政府可以通过政府采购的方式去直接指定养老机构生产和提供这些产品,以促进养老机构的成长,但更应该通过相应的税收减免政策、土地优惠政策等适当地引导养老机构去生产这些对应的养老产品。

最后,确定需求的供给者,即供应商。可选的供应商范围应包括非营利性的养老机构和营利性的养老机构。对于养老服务行业来说,前期资本投入较大,对人员、设备、环境等的要求较高,回报缓慢,所以营利性的养老机构数量较小。而且营利性养老机构往往为了快速收回投入资本,常常会恶意抬高其提供服务的价格,这使得很多老人有需求却买不到服务。相比来说,非营利性养老机构一般有较稳定的财政支持,其能提供价格低廉的基本保障性服务,但是对其他要求较高的养老产品却一直怠于生产,而且保障性服务的质量也令人堪忧。政府采购能有效地促进这两类养老机构的竞争,同时也助力养老机构自身的发展。

二、编制采购文件

采购文件在法律上的性质为要约邀请,具备合同当中除价格、交货期以外的许多必备条款,如标的物的描述和其他商务型条款等。其中,最重要的就是对标的物的描述。养老服务的采购标的物为服务,服务本身就有着难以描述、评判标准模糊、主观性过强、人为因素过多等特点,使得服务类标的物的描述难以确定。对于货物可以直接描述需要标的物多少个,应该满足哪类标准等;对于工程可以通过图纸、现场勘探的方式将整个工程的细节都描述清楚。但服务是无形的产品,生产和使用是同时进行的,对无形的产品进行具体的描述和评价存在一定难度。这也是很多服务类采购对于标的物描述简单的原因。

针对保障性的养老服务需求,可以通过描述被服务老人应达到的某种生活状态,如包括每日三餐的饮食标准,基本的生活设施,固定的娱乐设施等,也就是用一些可见的标准去评估老人接受服务后所处的生活状态。对比必需且基本一致的保障性养老需求,各种特殊性养老需求的标准较难统一。如果使用政府采购的方式提供此类服务,采购合同可以使用框架协议的模式,罗列所有的特殊性需求的各项专业标准和价格标准。或者由政府出台规范性文件,明确列出所有的特殊性需求的各项专业标准和价格标准,并建议各养老机构根据当地情况提供相应的产品。

三、采购方式的选择

由于货物和工程的采购标的物可准确描述,所以大多采用招标采购方式,即公开招标或邀请招标。对于服务类采购,由于其不可描述性和衡量标准的模糊性,通常采用竞争性谈判方式进行采购。对于养老服务的采购,也建议使用竞争性谈判来进行。此类采购方法可以使采购人和供应商之间就采购标的物的具体细节进行更好的交流和沟通,供应商有更充裕的时间去理解采购人的具体需求,研究采购文件,还可以在谈判的过程中和采购人确认所有不明白的细节。当然,在此涉及实质性内容的澄清时,采购人必须对所有供应商做出统一且正式的书面澄清。而公开招标和邀请招标,供应商只能在有限的时间内,根据招标文件里的描述去理解采购人的需求,虽然供应商可以就其中内容要求采购人进行澄清,但由于过程复杂,供应商不会也没有时间就所有的内容去和采购人确认。

此外,针对养老服务采购的竞争性谈判,还可以最大化地体现专家的意见和服务接受者的感受。在招标采购方式中,专家的作用体现在评标过程中根据各投标人的投标文件进行专业的评估并给出分数,或者在招标文件的制定阶段邀请该领域的专家给出专业意见。而在竞争性谈判过程中,谈判小组的构成中要求专家的数量不得少于谈判小组总人数的 2/3。谈判小组的职责包括制定谈判文件、确定参与谈判的供应商、审查供应商的响应文件,在法律中并没有明确

指出谈判小组有参加谈判的职责,但是谈判小组中有采购人代表,还有专家,谈判小组是参与到整个谈判过程中的。也就是说,专家的意见在整个竞争性谈判过程中都有体现,专业性的意见能使得采购更好地达到预期目标。对于采购到的养老服务,采购人并不是最终服务的接受者,如何在整个采购过程中如实体现直接服务接受者的需求是关键。在确定需求阶段,通过调查问卷的形式充分地考虑了服务接受者的具体需求,在谈判阶段也应该让他们参与进来。在谈判阶段结束后,谈判小组要求供应商根据最终需求给出最后报价。在报价阶段,可以加入一个公开评比的环节,由各个供应商针对其提出的解决方案进行阐述,再由选出来的老人代表和家属代表进行投票。如果条件允许,公开评比这个环节还可以放到网上进行公开评价,让更多的老人和其家人参与投票,充分表达他们的需求和意见。这些公开评价可以和专家评审的结果进行综合,最后交由采购人确定成交供应商。

考虑到养老服务采购的是某个地区的全部养老服务,如果通过整个采购过程确定一家供应商,那么最后的结果会造成这家供应商独霸整个养老市场。这并不是政府采购的本意所在。如果可以,针对养老服务采购的政府采购,可以确定一批而非一个符合资格的供应商来提供养老服务。具体选择哪家养老机构来实现老人们的需求,这个决定权又交到了最终服务接受者的手中。

四、合同评估

如果在执行合同的过程中,供应商没有按照合同规定的标准提供产品,老人的福利是受损的。在这个过程中,供应商的诚信就显得尤为重要。当然诚信是可以通过合同执行阶段的监管和评估来培养的。

在合同执行阶段的监管和评估,主要来自三个方面:相关行政部门,如民政部、卫生部等部门的监管;第三方专业评估机构的专业评估;最终服务接受者的贴身感受。行政部门监管代表着权威,第三方评估机构代表专业,而服务接受者本身给的意见是最重要的衡量指标。这是由服务本身的性质决定的。服务是由人配合着一系列软件和硬件为他人提供产品的一种方式,软硬件是基础,提供服务的主体是人。软硬件可以由监管部门和第三方评估机构给出的标准来判断好坏,提供服务的人也可以通过一系列由相关部门颁发的专业证书来证明其提供服务的能力。但这项服务到底如何,能否满足老人们的需求,还需要最终服务接受者的评价。如果政府采购合同的结果是有多家养老机构供老人们选择,那么不需要直接搜集最终服务接受使用者的体验评价,可以通过各个养老机构一段时间内所谓的销售量来判断各个机构提供服务质量的好坏,也就是所谓的“用脚投票”。这是服务使用者对于养老机构提供服务的最真实的评价。相关监管部门和第三方评估机构也可以根据一系列硬性规定和标准,定期给出相应的监管和评估报告。

五、合同期限与付款问题

为及时终止与不合格的养老机构签订的合同,采购合同的终止条款应明确。如写明合同执行过程中,政府有权根据有关部门的监管报告或第三方评估机构的评估报告,以及服务接受者的投诉信息等单方面终止采购合同。同时设定合同有效年限,如3年期限一到,政府可根据这3年间各养老机构的质量评估报告和销售额,来决定是否与其继续签订采购合同。或者可以依据评估报告和销售额给各中标养老机构进行排名,合同允许终止排名靠后的数家供应商,再通过采购程序从其他没获得采购合同中的机构中重新选择合格供应商,与其签订某固定期限的采购合同。

关于合同付款存在的问题,也是由采购人与最终服务接受者的角色分离导致的。如果二者为同一人,那么采购人使用其可支配的资金进行付款是毋庸置疑的。政府采购公共服务使用的是财政性资金,来自全体纳税人,而服务最终接受者——老人们只是全体纳税人中的一部分。服务是边生产边消费的一类产品,由服务接受者直接支付就很简单,而由采购人代付就会使问

题复杂很多。前面已对服务需求进行了分类,一类是保障性需求,一类是特殊性需求。对此,政府应该根据保障性需求的价格进行付款,也就是说政府至少应该补偿老人们能购买基本保障性需求的钱款。对于无能力支付保障性需求的老人,就能用这资金购买基本保障性的养老服务;对于有能力支付的老人,这就只是一种象征意义的补偿,他可以用这资金购买其他特殊性需求,就是他们自己的选择。至于政府应该如何付款,有两种方式:一种是直接补贴供应商,定期给予一定的财政预算;另一种方式是以养老金的形式直接补贴老人,这样老人在购买养老服务的时候就可以自由选择并直接付款了。

结语

经专家们的多次研讨,政府购买公共服务最终还是被划入政府采购的范畴。但是运用政府采购的方式采购公共服务,如养老服务还只是处于尝试阶段。本文针对公共服务采购中的以养老服务,提出对政府采购程序的改动建议,希望可以为政府采购积极引导公共产品市场健康发展贡献绵薄之力。

本文作者 国际关系学院 赵勇

【法理研究】

政府购买公共服务属于政府采购范畴。其中本文提到的老年人养老在市场失灵的情况下,政府采购养老服务成为各级政府应当关注的问题。采购服务不同于采购货物和一般服务,其采购标的大多是模糊的,因此只能通过竞争性谈判来解决,同时,鉴于该类采购文件只能是一些定性的表述,因此服务商可以根据采购文件的要求提出不同方案,这就需要评审小组和各供应商反复沟通比选,在其提供的多种服务方案中择优确定最佳方案,之后最终报价。

在类似政府采购中,本条款为采购人提供了法律支持。

第三十六条 询价中的合同条款

第三十六条 询价通知书应当根据采购需求确定政府采购合同条款。在询价过程中,询价小组不得改变询价通知书所确定的政府采购合同条款。

【条文释义】

本条是关于询价通知书中所包含的合同条款的相关规定。

一、询价采购方式的应用范围

《政府采购法》第三十二条规定“采购的货物规格、标准统一、现货货源充足且价格变化幅度小的政府采购项目,可以依照本法采用询价方式采购。”所以,询价作为一种采购方式,它仅限定在政府采购货物时使用,而且是规格、标准统一、现货货源充足的货物采购项目。政府采购工程和服务项目不适用询价方式。

二、询价采购中合同条款的确定

依据《政府采购法》的规定,询价通知书由评审小组确定,本条补充规定了询价通知书合同条款编制的依据,依照经过采购人提出、采购代理机构明确、评审专家或供应商等论证的采购需求来确定合同条款,对合同的标的、供货的时间、支付办法等规定应本着公平、合理的原则拟定,并以此作为供应商报价的依据。

三、询价过程中合同条款不能调整

依据《政府采购法》规范的采购程序，供应商收到询价通知书后，依据其中的合同约定，包括供货的时间要求、支付办法、质量要求、验收方法、包装、交货地、保险支付等条款一次性的报出不可更改的价格。显然上述参数的任何变动将产生影响报价的风险。因此法律对此做出明确的规定，“在询价过程中，询价小组不得改变询价通知书所确定的政府采购合同条款”，以保证采购的公平。

【案例 4-8】

九台市波泥河镇苗×苗圃与××市政府采购中心 侵权责任纠纷申请案^①

再审申请人九台市波泥河镇苗×苗圃（简称苗×苗圃）因与被申请人××市政府采购中心（简称采购中心）侵权责任纠纷一案。

本院认为：

（一）采购中心发出的《苗木采购询价文件》是要约，苗×苗圃缴纳的投标书及保证金是承诺，双方合同已成立，《苗木采购询价文件》及苗×苗圃所交投标书的内容均为双方合同约定的具体内容。原审依据××市政府采购中心××市园林管理处苗木采购询价文件第18条、第3条（1）款“不同供应商的投标文件中错、漏之处相同”，属于串标行为，作废标处理之规定，及该询价文件第12条（3）款“与其他供应商，采购中心或者采购人员或者有关人员恶意串通”保证金不予返还的规定，认定苗×圃存在串标行为及所交9.4万元报价保证金按照合同约定不予返还并无不当。原审正是按照“有约定从约定”的原则做出判决。

（二）串标是一种不诚信、扰乱招投标秩序的行为，被法律所禁止，故原审认为串标非属善意，串标的供应商应当承担相应的后果并无不当。

（三）法院独立行使审判权，苗×苗圃称××市人民政府干预本案审理没有依据，不予支持。

【法理研究】

在本案当中，人民法院认为：《苗木采购询价文件》及苗×苗圃所交投标书的内容均为双方合同约定的具体内容。从中我们就可以明确，询价通知书中应当包括政府采购合同的相关条款。根据《条例》的规定，询价通知书中确定的政府采购合同条款的根据是采购需求。

本条款规定了询价通知书中应包含的法定内容：也即政府采购合同条款，根据《合同法》第十二条的规定“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（1）当事人的名称或者姓名和住所；（2）标的；（3）数量；（4）质量；（5）价款或者报酬；（6）履行期限、地点和方式；（7）违约责任；（8）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”因此，编制的政府采购合同条款在满足采购需求的基础之上，一般需包括上述内容。而且在询价过程中，询价小组不得任意改变所确定的政府采购合同条款的内容，这是一项禁止性的义务，询价小组成员不得违背。询价小组成员的确定，应根据《政府采购法》第四十条第一项的规定，“询价小组由采购人的代表和有关专家共三人以上的单数组成，其中专家的人数不得少于成员总数的三分之二。”

^① 吉林省高级人民法院，吉民中字第371号.裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>.

第三十七条 质量和服务相等的含义

第三十七条 政府采购法第三十八条第五项、第四十条第四项所称质量和服务相等，是指供应商提供的产品质量和服务均能满足采购文件规定的实质性要求。

【条文释义】

本条是对非招标方式中质量和服务相等的解释。

《政府采购法》第三十八条第（五）项规定“确定成交供应商。谈判结束后，谈判小组应当要求所有参加谈判的供应商在规定时间内进行最后报价，采购人从谈判小组提出的成交候选人中根据符合采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则确定成交供应商，并将结果通知所有参加谈判的未成交的供应商。”第四十条第（四）项规定“确定成交供应商。采购人根据符合采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则确定成交供应商，并将结果通知所有被询价的未成交的供应商。”

在竞争性谈判和询价方式采购的，采购人均应当“根据采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则确定成交供应商。”

一、质量和服务相等的解释

根据本条的规定，质量和服务相等是指供应商提供的产品质量和服务均能满足采购文件规定的实质性要求。换句话说，供应商提交的响应文件对谈判文件、询价通知书做了实质性的回应，能够满足采购人的采购需求。简而言之，供应商提交的响应文件对谈判文件、询价通知书做了实质性响应。

比如说，采购人的采购需求是买个瓷茶杯，要求有杯体和杯盖就可以了，来投标的供应商均按这个需求响应了，但有一个供应商在这个基础上还外送一个杯托，那么这个供应商和别的供应商的质量和 service 属于“相等”，也就是说政府采购满足需求即可，多余的功能不作为价格考虑因素。

实践中，对质量和服务相等的评价，特别是对服务的评价属于模糊评价，由于不能定量分析，难免会受到评审专家的主观因素和好恶、习惯等影响，本条规定使评审专家的评审重心落在供应商提供的产品质量和服务是否能够满足采购文件的实质性要求这一点上，这样在最大限度内保证了评审的客观公正，即满足招标文件的实质性要求就是质量和服务相等。

二、采购文件规定的实质性要求

（一）实践中对投标文件的实质响应评审的条件

（1）合同主体实质性响应

- ① 基本条件的实质响应，此为投标人是否符合参与投标供应商的基本条件。
- ② 特定条件的实质响应，如项目需要的特定资质条件。
- ③ 联合体投标的实质响应。

（2）合同主要条款实质性响应

- ① 质量保证期的实质响应。
- ② 投标报价的实质响应。
- ③ 交货（工期）时间的实质响应。

（3）评标过程实质性响应

- ① 投标保证金的实质响应。
- ② 投标有效期的实质响应。
- ③ 废标或无效投标条款的实质响应。
- ④ 其他实质性响应。

竞争性谈判文件和询价通知书可以参照上述投标文件的实质性内容进行编写。采购文件的实质性要求是指采购文件中规定的，有关采购项目的报价、计划规划、合同主要条款等，都属于实质性条款。

（二）采购文件规定的实质性条款同时应具备的条件

（1）公开性。

实质性条款必须在采购文件中以醒目的方式标明，事先须提醒所有的投标人注意，对实质性要求、条件及其他重要条款不进行“标明”是采购文件编制中的重大缺陷。那么，如何标明？目前国内通行的做法就是加注星号，采购人编制采购文件时，将含有自己认为重要且必须满足的商务或技术条款加上“*”（星号），形成了“星号条款”，采购文件中对于任何一个星号条款的不满足都将导致废标。这已被我国的采购实践证明是一种比较行之有效的解决方案。

在实践中，很多采购人和评审专家并没有认识到星号条款的重要性，以为实质性要求可以进行主观判断，他们认为：星号条款不满足一定是废标，并不代表没加星号的条款不满足就不能作废标。其实这是一个误区，由评标委员会认定某要求或条件是否属实质性条件是存在法律风险的，可能会引起质疑和投诉。

（2）公平性。

实质性条款内容不能包含对潜在投标人的歧视待遇或者区别待遇的；《条例》第二十条对采购人、采购代理机构存在歧视待遇、区别待遇的情形做出了明确的规定。

（3）公正性。

采购文件中规定的实质性条款，必须清晰、明确、具体、完整。

【案例 4-9】

浙江奥×净化工程有限公司与宁海县水务集团有限公司等 缔约过失责任纠纷上诉案^①

案情简介：

原审法院审理认定：2010 年 8 月 27 日，招标公司接受宁海县政府采购管理办公室（以下简称“宁海采购办”）的招标委托，就水务公司深田川污水处理厂、长街污水处理厂离心脱水机项目公开向社会招标，并在相关网站上发布了《招标公告》。奥×公司向招标公司提交了相应的投标文件。

2010 年 9 月 21 日开标之日，到场投标的单位仅有奥×公司及浙江西×水处理工程有限公司（以下简称“西×公司”）两家。同日，宁海采购办批准同意变更本案所涉采购项目的采购方式为竞争性谈判。随后，奥×公司及西×公司参加开标的代表均在《关于同意参加竞争性谈判采购的声明》上签字，该声明载明：“招标公司已经宣布转变后的采购程序，我们对此无异

^① 浙江省宁波市中级人民法院. 浙甬商终字第 550 号，北大法宝，<http://www.caseshare.cn>.

议,并同意以招标文件和投标文件作为谈判采购的依据参加本次采购活动。依照原招标文件的评标标准对商务、技术和服务进行评议。”奥×公司的报价850 000元,西×公司报价930 000元。最终,涉案的采购事项由西×公司作为成交单位。2011年3月23日,奥×公司为本案所涉纠纷向原审法院起诉。2011年3月29日,招标公司将保证金40 000元退至奥×公司账户。

原审法院审理认为:本案的争议焦点为水务公司、招标公司是否擅自提高采购标准。奥×公司认为,根据《政府采购法》第三十八条第(五)项的规定:“……采购人从谈判小组提出的成交候选人中根据符合采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则确定成交供应商……”,根据《中华人民共和国政府采购法实施条例(征求意见稿)》的规定,所谓“质量和服务相等”是指质量服务能满足招标文件最低要求即可,竞争性谈判必须按照最低评标价法来确定成交商,《关于同意参加竞争性谈判采购的声明》有关“按照原招标文件的评标标准对商务、技术和服务进行评议”的内容违反法律规定,应认定无效。原招标文件的综合评分法采购标准高于最低评标价法,宁海采购办同意变更采购方式,但并未同意采用综合评分法,故水务公司、招标公司系擅自提高采购标准。

原审法院认为:本案所涉政府采购项目最终的成交单位是西×公司,奥×公司与水务公司之间买卖合同关系并未成立,奥×公司主张水务公司、招标公司在政府采购活动中存在“擅自提高采购标准”的违法行为,要求水务公司、招标公司承担赔偿责任,系要求水务公司、招标公司承担缔约过失责任,故本案系缔约过失责任纠纷。当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明,没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。现奥×公司提供的证据并不足以证明水务公司、招标公司存在“擅自提高采购标准”的违法行为,对其主张的事实难以认定,奥×公司应承担举证不能的法律后果。故对奥×公司要求水务公司、招标公司承担赔偿责任的诉讼请求,不予支持,对奥×公司提供的用以证明其损失的证据材料(奥×公司与东×公司的《合作协议》一份,发票32份)不予认定,对水务公司、招标公司的相关抗辩意见予以采信。

【审判评析】

本院认为:本案所涉政府采购项目公开招标因投标人数未达到法定数量,经宁海采购办批准转换为竞争性谈判,奥×公司对采购方式的转换无异议,并同意以公开招标的招标文件和投标文件作为谈判采购的依据参加此次采购活动以及依照原招标文件的评标标准对商务、技术和服务进行评议。而公开招标的招标文件和投标文件确定的评标办法为综合评分法,水务公司、招标公司在竞争性谈判中根据综合评分法确定成交供应商,既不违反法律、行政法规的强制性规定,也不违反作为投标人的奥×公司的真实意思表示。奥×公司上诉称水务公司、招标公司擅自采用综合评分法,与事实不符,难以采信。原审法院对本案事实认定清楚,适用法律正确,判决并无不当。奥×公司要求水务公司、招标公司赔偿其参加投标的费用、中标可预计利润及律师费等费用,缺乏事实和法律依据,本院难以支持。

【法理研究】

在本案当中,针对上诉人浙江奥×净化工程有限公司认为,招标人“擅自提高采购标准”的违法行为,法院的判决是正确的。但是,依据《政府采购法》关于竞争性谈判方式的程序规定,在竞争性谈判中,招标人(代理公司)经批准采用竞争性谈判方式后,首先应当对招标文件进行修改为谈判文件后组织谈判;谈判主要是对商务和技术条件进行沟通 and 谈判,确定合同的技术、商务等条款。谈判结束后,由所有参加谈判的供应商最后报价,价格最低的供应商成交。

在本案中招标人沿用招标文件规定的评标方法进行”评标“不妥。奥×公司认为“按照原招标文件的评标标准对商务、技术和服务进行评议”的内容违反法律规定，应认定无效。”是正确的；但是该公司提出“原招标文件的综合评分法采购标准高于最低评标价法”是不妥的。如果以本次采购程序不符合《政府采购法》规定的竞争性谈判的法定程序，上诉可能会有不同结果。

第三十八条 唯一供应商的公示

第三十八条 达到公开招标数额标准，符合政府采购法第三十一条第一项规定情形，只能从唯一供应商处采购的，采购人应当将采购项目信息和唯一供应商名称在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公示，公示期不得少于 5 个工作日。

【条文释义】

本条是对单一来源采购程序的补充规定。

《政府采购法》第三十一条第一项规定“只能从唯一供应商处采购的。”在实践中，采购人、采购代理机构往往会滥用这一条款，造成明显的不公平竞争，滋生腐败。因此，本《条例》对采购项目信息和以单一来源采购方式确定的供应商进行公示是很有必要的。

一、公示信息的两个条件

1. 政府采购达到公开招标数额标准

《政府采购法》第二十七条规定“采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市、直辖市人民政府规定。”采购人公开招标的数额标准由省级以上人民政府规定。

2. 只能从唯一供应商处进行政府采购

根据本《条例》第二十七条的规定，对“只能从唯一供应商处采购的”进行解释，“政府采购法第三十一条第一项规定的情形，是指因货物或者服务使用不可替代的专利、专有技术，或者公共服务项目具有特殊要求，导致只能从某一特定供应商处采购。”

二、从唯一供应商处政府采购需在媒体公示的内容

1. 采购项目信息

需要将政府采购项目完整的信息进行详细的公示，不能只是一方面的内容。

2. 唯一供应商的名称

在实践中，还要公示供应商的联系方式，便于社会监督。

《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第 74 号）中将上述内容归纳为：采购人、采购项目名称和内容；拟采购的货物或服务的说明；采用单一来源采购方式的原因及相关说明；拟定的唯一供应商名称、地址；专业人员对相关供应商因专利、专有技术等原因具有唯一性的具体论证意见，以及专业人员的姓名、工作单位和职称；公示的期限；采购人、采购代理机构、财政部门的联系地址、联系人和联系电话。

三、公示信息的载体

采购人应当将采购项目信息和唯一供应商名称在省级以上人民政府财政部门制定的媒体

上公示。目前，财政部指定的政府采购信息发布媒体包括中国政府采购网（www.ccgp.gov.cn）、《中国财经报》（《中国政府采购报》）、《中国政府采购杂志》、《中国财政杂志》等。省级财政部门应当将中国政府采购网地方分网作为本地区指定的政府采购信息发布媒体之一。

四、公示期

公示期不得少于 5 个工作日，如遇到休息日或者节假日，日期自动顺延。根据《政府采购非招标采购方式管理办法》[财政部令第 74 号]中关于单一来源公示的规定，任何供应商、单位或者个人对采用单一来源采购方式公示有异议的，可以在公示期内将书面意见反馈给采购人、采购代理机构，并同时抄送相关财政部门。采购人受到异议后，应当重新组织专家进行第二次论证。如是第二次论证仍存在异议的，上报财政部门视具体决定是否批准。

五、未达到公开招标数额标准且符合只能从唯一供应商处采购的处理方式

财政部办公厅日前发函明确，未达到公开招标数额标准且符合政府采购法第三十一条第一项规定情形的政府采购项目可依法采用单一来源采购方式。

该函件提出，根据《政府采购法》第二十七条规定，未达到公开招标数额标准且符合《政府采购法》第三十一条第一项规定情形只能从唯一供应商处采购的政府采购项目，可以依法采用单一来源采购方式。

针对此类项目的具体操作，该函件明确，此类项目在采购活动开始前，无须获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准，也不用按照本《条例》第三十八条规定在省级以上财政部门指定的媒体上公示。对于此类项目，采购人、采购代理机构应当严格按照《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第 74 号）的有关规定，组织具有相关经验的专业人员与供应商商定合理的成交价格并保证采购项目质量，做好协商情况记录。

【案例 4-10】

涂某某受贿案^①

案情简介：

原审法院判决认定：2011 年九月份，被告人涂某某与刘某某（时任秀山县林业局党组成员、纪检组长，已判刑）为谋求私利，共谋将彭某某确定为秀山县林业局 2011 年森林工程“80 万株鹅掌楸苗木单一来源采购”供货商，由彭某某负责出资和具体经营，所得利润三人分配。涂某某与彭某某联系，彭某某同意。之后，涂某某与刘某某利用职务上的便利，将彭某某经营的秀山县茂华苗木培育中心确定为 2011 年“80 万株鹅掌楸苗木单一来源采购”的唯一供货商。期间，刘某某与涂某某共谋，还向秀山县森林工程 2011 年“桉木单一来源采购”供货商宋某某索要两年生桉木供应指标 30 万株，成本及具体经营亦由彭某某负责，所得利润由刘某某、涂某某、彭某某三人分配。彭某某完成 100 万株鹅掌楸苗和桉木苗供应后，涂某某、刘某某利用验收苗木的职权给彭某某提供便利。苗木款结算后，涂某某分得 27.2 万元，刘某某分得 21 万元。2012 年 7 月 31 日，涂某某主动向秀山县纪委投案，并主动上缴违法所得 32.6 万元。

上述事实，有证人彭某某、宋某某、刘某某、李某某的证言，共同作案人刘某某的供述，任职通知、会议记录、干部履历表、公务员登记表、干部任免表、事业单位聘任合同书、文件、

^① 重庆市第四中级人民法院，渝四中法刑终字第 57 号，北大法宝，<http://www.pkulaw.cn>。

户口证明、秀山县林业局关于对 2011 年森林工程建设部分苗木实行单一来源采购的请示、秀山县事业单位政府采购申请表、政府单一开源采购文件、个体经营说明、承诺书、报价文件、报价表、声明、许可证、登记证、个体工商户营业执照、鹅掌楸单一来源参会人员签到表、初步评审记录表、鹅掌楸单一来源采购结果报告、重庆市政府政府采购货物购销合同、秀山县政府采购验收报告、秀山县公共资源综合交易中心成交通知书、中国农业银行合约信息查询、账户历史明细查询、中国农业银行秀山支行银行卡取款凭条复印件、银行查询对账单、重庆市行政事业单位资金往来结算票据、到案情况说明、刑事判决书、被告人涂某某的供述等证据证实。

【法理研究】

在本案当中，涂某某与刘某某为了谋取私利，利用职务上的便利，将彭某某经营的秀山县茂华苗木培育中心确定为 2011 年“80 万株鹅掌楸苗木单一来源采购”的唯一供货商并由此犯罪。实践证明，只有阳光程序才可能把腐败的漏洞降到最少。

鉴于《政府采购法》对单一来源采购方式的程序进行了比较原则性的规定，《条例》对此进行了补充，单一来源采购中唯一供应商公示的两项内容：采购项目信息和唯一供应商名称；公示的两个条件：达到公开招标数额标准、符合“只能从唯一供应商处采购”的情形；公示媒体：省级以上人民政府财政部门指定的媒体，这条规定与本《条例》第八条的规定：“政府采购项目信息应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布”相契合，实现了法条之间的相互衔接、相互配合；公示期：不得少于 5 个工作日。

本条款文字虽然比较简短，但是将公示条件列得清楚明白，减轻实践中工作人员的工作压力，可以有效地避免采购人、采购代理机构通过隐瞒政府采购信息、改变采购方式、不按采购文件确定事项签订采购合同等手段，达到虚假采购或者让内定供应商中标、成交的目的，具有很强的实践意义。

第三十九条 评审专家的产生

第三十九条 除国务院财政部门规定的情形外，采购人或者采购代理机构应当从政府采购评审专家库中随机抽取评审专家。

【条文释义】

本条是有关评审专家的产生方式的规定。

评审专家在政府采购工作中的作用日益重要。专家评审是确保政府采购客观公正、真实可靠的重要环节。如何保证专家队伍的数量和质量，最大限度地发挥专家作用，强化对评审专家的监督管理，直接决定着政府采购的效果，影响着政府采购的形象。依法对评审专家进行管理，是摆在政府采购监管部门面前的重大课题。

为保证评标的公正性，在政府采购活动产生专家的程序中，随机抽取是常态，直接确定是例外。

一、政府采购活动中评审专家的来源和聘请方式

为保证评标结果的公正性，法律首先通过程序公正的制度设计对聘请专家的方式予以规范，即随机抽取是确定专家的主要方式。法律规定作为政府采购项目应当从政府采购评审专家库中可抽取评审专家，有以下几点原因。

1. 为保证评审的公正应当保证评审专家本身的质量

评标工作具有临时性和兼职性的特点，评标专家通常来自不同部门，从事不同职业，工作经验、业务水平参差不齐，而且专家平时因为忙于业务工作，很难全面掌握国家和地方有关招标投标的相关法律法规，这就需要全国评标专家库管理部门适时组织专家参加招标投标业务培训，通过学习，熟悉相关法规规定，学习相关案例的处理方式和原则，提高专家依法评审、公正评审的自觉性和主动性，增强对违法违规行为的洞察力，从而提高评标水平，确保评标质量。

2. 政府采购评审专家只能从适格的政府专家库随机抽取

一般来讲，政府采购评审专家库的专家都经过财政部门的培训，其录取资格程序相对质量较高。而且鉴于随机抽取的范围和专业要求，要求专家库的专家的专业分布和数量充足，才能保证抽取的专家能够发挥其专家的作用。只有政府采购专家库才能收纳征集最广泛的专家人员，从而保证随机抽取的公正性并能够满足评审的需要。

二、政府采购评审专家库

1. 建立评标专家库旨在向交易主体提供适格评标专家

根据《招标投标法》及相关法律法规，评标专家库，指各类技术、经济及相关专业有较高理论水平和丰富实践经验的人员组成的人才资源库。建立评标专家库的目的，是向交易主体提供合适的评标专家。评标专家库管理的日常工作，包括评标专家的资格认定、专家入库及评标专家库的建设、使用和管理等活动。

2. 政府采购的公共性要求保证评审的质量和公正性

鉴于政府采购的公共性，法律要求政府采购项目应当从政府采购评审专家库产生，以保证评审的质量和公正性，本条规定排除了在政府采购项目中从采购代理机构或采购单位专家库产生专家的渠道。《条例》第六十八条第五项对此设置了法律责任，违反该规定，依照《政府采购法》第七十一条和七十八条对采购人或采购代理机构予以处罚。

三、评审专家的资格条件

《政府采购评审专家管理办法》规定，政府采购评审专家应当具备以下条件：

- (1) 具有较高的业务素质和良好的职业道德。在政府采购的评审过程中能以客观公正、廉洁自律、遵纪守法为行为准则。
- (2) 从事相关领域专业工作满 8 年。具有本科（含本科）以上文化程度，高级专业技术职称或者具有同等专业水平，精通专业业务，熟悉产品情况，在其专业领域享有一定声誉。
- (3) 能胜任政府采购评审工作。熟悉政府采购、招标投标的相关政策法规和业务理论知识。
- (4) 独立参加且接受监管。本人愿意以独立身份参加政府采购评审工作，并接受财政部门的监督管理。
- (5) 没有违纪违法等不良记录。
- (6) 财政部门要求的其他条件。

对达不到上述第二款所列条件和要求，但在相关工作领域有突出的专业特长并熟悉商品市场销售行情，且符合专家其他资格条件的，可以经财政部门审核后，认定为评审专家。

四、政府采购评审专家的例外规定

鉴于政府采购的复杂性，有必要对一些特殊项目指定评审专家。目前财政部门规定的除外条款有：

1. 自行选定评审专家

《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第十四条第二款和《政府采购非招标采购方式管理办法》第七条第三款，这两个法条基本相同，其规定：

“技术复杂、专业性强的竞争性谈判采购项目，通过随机方式难以确定合适的评审专家的，经主管预算单位同意，可以自行选定评审专家。技术复杂、专业性强的竞争性谈判采购项目，评审专家中应当包含1名法律专家。”

2. 采取选择性方式确定评标专家

《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第四十八条第二款规定“招标采购机构对技术复杂、专业性极强的采购项目，通过随机方式难以确定合适评标专家的，经设区的市、自治州以上人民政府财政部门同意，可以采取选择性方式确定评标专家。”

3. 可按有关规定确定评审专家人选但应备案

《政府采购评审专家管理办法》第二十一条规定“遇有行业和产品特殊，政府采购专家库不能满足需求时，可以由采购人、采购代理机构按有关规定确定评审专家人选，但应当报财政部门备案。”

【案例 4-11-1】

王永×犯受贿案^①

【案情简介】

公诉机关指控：2004年7月—2010年4月，被告人王永×任济宁市环境卫生管理处（以下简称“济宁市环卫处”）主任，负责济宁市环卫处的全面工作。2010年4月起担任济宁市环卫处副调研员。

2005—2012年间，被告人王永×利用自己任济宁市环卫处主任的职务便利，多次收受或索取烟台润达垃圾处理开发有限公司（以下简称烟台润达公司）董事长邰某、工程承包商肖某、济宁环盛市政设施建设有限公司法定代表人陈某所送财物，价值共计76.88万元。

关于被告人王永×利用职务便利为行贿人邰某所经营的公司谋取利益的证据有：

被告人王永×供述了在济宁市垃圾处理厂垃圾处理工艺及垃圾综合处理设备采购过程中，其给予邰某所经营的公司一定照顾，即在专家论证过程中，经其同意由邰某自己安排了3名评审专家，在招投标评标过程中，经其同意由邰某安排了2名评标专家，使得邰某经营的公司招投标评标时获得了绝对竞争优势，并顺利中标的情况。

本院认为，被告人王永×身为国家工作人员，利用职务上的便利，索取或非法收受他人财物，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。泗水县人民检察院指控罪名成立，予以支持。

^① 山东省泗水县人民法院，泗刑初字第27号，裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

【法理研究】

在本案中，被告人王永×在专家论证过程中，经其同意由郇某自己安排了3名评审专家，在招投标评标过程中，经其同意由郇某安排了2名评标专家，使得郇某经营的公司招投标顺利中标。此案当中评审专家的产生方式明显是违法的。

在招标投标制度设计中，评标制度是其重要的组成部分。所谓公权力对私权的管制更多地体现在评标环节。首先，评审工作由招标人代表和评审专家组成评标委员会负责，其中专家不能少于委员会人数的三分之二，以保证评审结论的客观性；其次，为保证评审专家的质量，政府组建了专业类别齐全、人数充足的政府专家库，以保证通过抽取方式聘请的专家能够满足评审工作的需要，保证评审结论的可靠性；最后，专家的聘请以抽取为常态，特殊项目指定为例外，通过程序的公平保证评审结论的公平和公正。本案中招标人通过非法手段组建了评标委员会使评审程序完全失去了约束和帮助招标人减少失误的功能，完全流于形式，失去监督的权利必然导致腐败，本案的教训对每一个采购人都有警示作用。

【案例 4-11-2】

“综合评标专家”可以参加政采评审吗？

一、事由回放

近日，A市教育局为实现教育现代化，委托采购代理机构B采购40套全自动录播系统，用于40所学校的互动教学。该项目预算金额800万元，采用公开招标方式实施采购。

截至开标时间，8家供应商按时递交了投标文件。经评审，×公司为项目中标候选人。中标结果公示期间，供应商Y提出质疑：本项目评标专家来源不合法，评标结果无效。

原来，依据A市所属省级公共资源交易监督管理办法，代理机构B从当地“综合评审专家库”中抽取了专家。A市教育局在中意的供应商Y未中标后，私下授意X公司依据《政府采购法实施条例》（以下简称《条例》）第三十九条的规定，以“本次采购活动的专家是从综合评标专家库而非政府采购评审专家库中抽取”为由，向采购代理机构提出质疑。

本案例有两个问题值得思考：一是，在推进公共资源交易改革的过程中，如何处理“政府采购评审专家库”和有关部门组建的“综合评标专家库”的关系？二是，对于采购人授意未中标供应商就采购结果提出质疑的行为，应如何处罚？

二、聘请专家来源的合法性

本案例中，代理机构B抽取专家的依据是当地公共资源交易监督管理办法。据了解，该办法适用于该省行政区域内工程建设项目招标投标、政府采购等公共资源交易的监督管理活动。该办法规定，公共资源交易需要专家评标评审的，应当从省及省以上综合评标专家库中随机抽取。这一规定意味着当地政府采购作为公共资源交易活动，应从“综合评标专家库”中抽取专家。但是，《条例》第三十九条规定，除国务院财政部门规定的情形外，采购人或者采购代理机构应当从政府采购评审专家库中随机抽取评审专家。同时，第六十二条明确，政府采购评审专家的具体管理办法由国务院财政部门制定。

根据立法法的规定，《条例》属于行政法规，省公共资源交易监督管理办法则是地方性规章，行政法规的效力高于地方性法规、规章。因此，笔者认为，今后的政府采购活动中，代理机构在未经报批的情况下，不宜从“综合评标专家库”中抽取专家。

事实上，推进公共资源交易改革是一项战略性决策，根本目的是完善制度机制，提高行政

效能，让市场在资源配置中发挥决定性作用。各级财政部门、采购人、代理机构、供应商、评审专家等应正确处理公共资源交易改革和依法开展采购活动的关系。

而对于代理机构来说，应自觉接受工商注册地财政部门的监管。案例中，关于代理机构 B 的行为，按照政府采购法、《条例》的规定，“未依法从政府采购评审专家库中抽取评审专家”，将被处以 10 万元以下罚款，1~3 年内禁止代理政府采购业务，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、恶意串通的代价

实践中，一般情况下供应商很难知道评标专家是从哪个专家库中抽取的，这间接说明采购人的行为事实上已经与 Y 公司形成了恶意串通，判定依据是《条例》第七十四条列出的第七种情形之一：供应商与采购人或者采购代理机构之间、供应商相互之间，为谋求特定供应商中标、成交或者排斥其他供应商的其他串通行为。

对于采购人（代理机构）来说，与供应商或者代理机构（采购人）恶意串通，构成犯罪的，将会被依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，处以 5 万元以上 20 万元以下罚款，有违法所得的，并处没收违法所得，属于国家机关工作人员的，依法给予行政处分。

对于供应商来说，与采购人、其他供应商或者采购代理机构恶意串通，将会被处以采购金额 5‰以上 10‰以下的罚款，列入不良行为记录名单，在 1~3 年内禁止参加政府采购活动，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

当前，我国政府采购法律制度体系日益健全，依法采购深入人心，采购人不能再任性地钟情于某个品牌，而应当维护国家利益和社会公共利益，公正廉洁、诚实守信地执行政府采购政策，建立政府采购内部管理制度，通过科学合理的采购需求表达意愿，并加强后期的履约验收工作，为深化政府采购改革尽职尽责。

【专家点评】

本案例是由招标人和未中标人串通引起的，但缘由确令人深思。目前我国关于招标投标的地方行政法规和部门规章冲突的条款时有发生，依据立法法的规定需要国务院或人大常委会释法，如对评审专家来源的规定即是冲突的事由之一，如本案所示；因此在国家层面整合公共资源交易平台的工作势在必行。通过整合平台层级、信息系统、信息资源和专家资源在顶层对该案发生的类似问题进行解决。

2015 年 8 月 10 日国务院在《整合建立统一的公共资源交易平台工作方案》第（八）规定：“整合专家资源。进一步完善公共资源评标专家和评审专家分类标准，各省级政府应按照国家统一的专业分类标准，整合本地区专家资源。推动实现专家资源及专家信用信息全国范围内互联共享，有条件的地方要积极推广专家远程异地评标、评审。评标或评审时，专家应采取随机方式确定，任何单位和个人不得以明示、暗示等任何方式指定或者变相指定专家。”

该项工作目标完成后，本案反映的这些问题将会得到根本解决。

第四十条 评审专家一般要求

第四十条 政府采购评审专家应当遵守评审工作纪律，不得泄露评审文件、评审情况和评审中获悉的商业秘密。

评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组在评审过程中发现供应商有行贿、提供虚假材

料或者串通等违法行为的，应当及时向财政部门报告。

政府采购评审专家在评审过程中受到非法干预的，应当及时向财政、监察等部门举报。

【条文释义】

本条是对评审专家的一般义务性的规定。

一、遵守评审纪律、保密义务

根据该条规定，评审专家在评审工作中，应当遵守评审工作纪律，不能泄露评审文件、评审情况以及在评审中获悉的商业秘密。

1. 遵守评审工作纪律

政府采购评审专家应当遵守评审工作纪律，一般包括：禁止私下与供应商联系、禁止对外提供与评审有关的情况，禁止将评审资料带出评审现场，等等。这不仅保证评审工作的严肃性，同时也规范评审专家的评审行为。

2. 保密义务

保密义务是评审专家应履行的最基本的义务，也是对评审专家最基本的要求。评审专家对在评审过程中获悉的商业秘密负有保密的责任，不仅有利于评审专家得出公正客观的评审结果，而且有利于采购工作的顺利进行。

二、对违法行为报告的义务

无论采购人或采购代理机构采用的是招标、竞争性谈判还是询价的方式进行采购，在评审过程中，只要发现供应商存在行贿、提供虚假材料或者串通等违法行为的，评审专家有向财政部门进行报告的义务。

1. 行贿

供应商存在行贿行为，提供给采购人或采购代理机构、其他的专家评审人员一定的财物或者其他不正当的利益。若是构成行贿罪，需要追究其刑事责任。

2. 提供虚假材料

供应商为谋取中标、成交而提供虚假的、不真实的材料，形成恶性竞争，扰乱市场秩序，影响采购活动的顺利进行。

3. 恶意串通

根据本《条例》第七十四条的相关规定，对恶意串通的情形做了具体的梳理：

“有下列情形之一的，属于恶意串通：

（1）供应商直接或者间接从采购人或者采购代理机构处获得其他供应商的相关情况并修改其投标文件或者响应文件；

（2）供应商按照采购人或者采购代理机构的授意撤换、修改投标文件或者响应文件；

（3）供应商之间协商报价、技术方案等投标文件或者响应文件的实质性内容；

（4）属于同一集团、协会、商会等组织成员的供应商按照该组织要求协同参加政府采购活动；

（5）供应商之间事先约定由某一特定供应商中标、成交；

（6）供应商之间商定部分供应商放弃参加政府采购活动或者放弃中标、成交；

(7) 供应商与采购人或者采购代理机构之间、供应商相互之间，为谋求特定供应商中标、成交或者排斥其他供应商的其他串通行为。”

三、对非法干预报告的义务

在评审过程之中，如果评审专家受到了非法干预，非法干预的来源主体可能是采购人或采购代理机构，也可能是其他评审专家，还有可能是社会其他主体等，评审专家应当及时向财政、监察等部门进行举报，有关的财政部门、监察部门负有打击此类行为的义务和责任。这样，既在保护评审专家自身合法权益的同时，也能保证评审工作的独立性和公正性。

【案例 4-12】

胡伏×犯受贿罪一案二审刑事裁定书^①

上诉人（原审被告）胡伏×，男，生于 1962 年 8 月 15 日，汉族，大学文化，原任长江勘测规划设计研究院经营计划部副主任兼长江勘测规划设计研究有限责任公司亭子口库区交通复建和农田防护工程建设项目部副经理、移民代建项目评标专家和评标委员会主任委员。

原审法院认为，被告人胡伏×利用担任国有企业长江勘测规划设计研究院经营计划部副主任兼长江勘测规划设计研究有限责任公司亭子口库区交通复建和农田防护工程建设项目部副经理、代建工程项目招标委员会评标专家和评标委员会主任委员的职务便利，为他人谋取利益，非法收受他人贿赂共计人民币 55 万元，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百八十五条之规定，犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当以受贿罪追究其刑事责任，公诉机关指控罪名成立，予以支持；被告人胡伏×检举揭发他人犯罪行为，并经查证属实，应当认定有立功表现，依法可以减轻处罚，其自愿认罪，具有悔罪表现，且主动退缴全部赃款，可酌情对其从轻处罚。判决：

一、被告人胡伏×犯受贿罪，判处有期徒刑 8 年。

二、被告人胡伏×已向检察机关退缴的违法所得 30 万元（未随案移交），在法庭审理期间退缴的违法所得 25 万元，合计 55 万元予以没收，上缴国库。

三、侦查机关扣押被告人胡伏×妻子娄云处物品瑞士罗马表 2 只，足金摆件 1 个（未随案移交）由扣押机关依法处理。

二审经审理查明，上诉人胡伏×犯受贿罪的犯罪事实、证据与一审相同，本院经审核予以确认。

【审理剖析】

本院认为，上诉人胡伏×利用在担任国有企业长江勘测规划设计研究院经营计划部副主任兼长江勘测规划设计研究有限责任公司亭子口库区交通复建和农田防护工程建设项目部副经理、代建工程项目招标委员会评标专家和评标委员会主任委员的职务便利，非法收受他人人民币共计 55 万元，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。上诉人胡伏×检举他人犯罪事实，查证属实，具有立功表现，可以减轻处罚。其自愿认罪，并上缴全部赃款，可酌情对其从轻处罚。

综上所述，原判定罪准确，量刑适当，应予维持。

【法理研究】

根据本《条例》第七十五条第三款的有关规定，政府采购评审专家不得收受采购人、采购

^① 四川省广元市中级人民法院，广刑终字第 42 号，中国裁判文书网，<http://www.count.gov.cn>。

代理机构、供应商的贿赂或者通过其他不正当的方式获取不正当利益，这可以看出，评审专家不正当利益的来源主要有三个渠道：采购人、采购代理机构、供应商。此项是评审专家的一项禁止性的义务，若是不履行法定义务，承担相应的责任在所难免。所以本条款就细致地规定了评审专家的法定责任（既包括行政责任，又包括刑事责任）的适用情形。

《政府采购法》中没有对评审专家的相关义务、责任做出具体、明确的规定，因此，本《条例》对此做了重要补充。本案当事人触犯刑律，主要是由于其个人私欲膨胀缺失操守所致，另一方面也说明对评审专家的日常教育的重要性，本条款规定了评审专家应当遵守的相关纪律和义务，应当在每次评标前向专家重复告知，以引起重视避免此类事件再次发生。

在本案中，上诉人（原审被告）胡伏×，在担任长江勘测规划设计研究院经营计划部副主任兼长江勘测规划设计研究有限责任公司亭子口库区交通重建和农田防护工程建设项目部副经理、移民代建项目评标专家和评标委员会主任委员时，为他人谋取利益，非法收受他人贿赂共计人民币 55 万元，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百八十五条之规定，犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当以受贿罪追究其刑事责任。

第四十一条 对评标委员会等评审组织成员的要求

第四十一条 评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员应当按照客观、公正、审慎的原则，根据采购文件规定的评审程序、评审方法和评审标准进行独立评审。采购文件内容违反国家有关强制性规定的，评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组应当停止评审并向采购人或者采购代理机构说明情况。

评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员应当在评审报告上签字，对自己的评审意见承担法律责任。对评审报告有异议的，应当在评审报告上签署不同意见，并说明理由，否则视为同意评审报告。

【条文释义】

本条是对评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员的义务性规定。

一、评审原则即客观、公正、审慎

本条第一款对包括评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员在内的评审组织机构的评审原则做出的原则性规定：客观、公正、审慎。其中审慎是在招标采购相关法规中首次提出来的，这项原则的落实是由于政府采购项目的评审组织机构推荐的第一中标候选人的第一名一般应确定为中标人，因此，审慎使用法律赋予个人的权利是至关重要的；另一方面，鉴于目前政府采购评审实践中评审专家草率评审、随意废标的现象时有发生，在绝大多数情况下，评审委员会的评审结果将决定合同相对人，从而形成事实上法定代理的民事关系，但评审专家并不承担所签合同的风险和责任。因此本条的规定是非常有针对性的。

二、专家评审的方法

（一）依据采购招标文件规定的评审程序、评审办法和评审标准进行独立评审

在政府采购中，采购人可以向专家介绍项目背景以便专家能够准确把握评审标准，同时由于采购任何货物和服务都不可能由某个专业独立完成，所以在评审前或过程中，专家之间进行

相互的技术咨询应当允许，但是在评审做出决定时必须独立判断、独立打分，不能讨论研究，否则违背了评审组织机构应当遵循的基本原则，并容易为个别人的围标、串标等违法行为利用，或称为其中一员，所以法律对此做出严格规定。

在实践中，为了提高评审效率，往往将评审工作分为若干个部分，分别交给不同的评审小组进行评审，这是一种变相的拆分评审工作的行为，难以保证得到的评审结果客观、公正，因此在实践中应当杜绝此类行为的存在。

（二）停止评审的权利并要求说明的义务

本条第一款在规定评审的原则和方法的同时，还第一次有针对性地规定了评审组织机构对招标文件中违反国家强制性规定的监督权利和处理办法：停止评审并向采购人或采购代理机构说明情况。这种行为一般可以认为是采购人、采购代理机构由于专业能力不够造成的，也有可能是为某特定供应商量身定做的并涉嫌违法。评审机构应当向采购人或采购代理机构说明情况。

这种制度设计体现了评审专家对采购人或者采购代理机构编制采购文件的制约，以保证招标起始的公正性，也是保证需求的准确合理、评标标准和方法的公正的最有效的制度保障，同时也是供应商做出科学合理的响应文件的基础和前提。

（三）签字程序和责任

法律规定了对评审报告的签字程序，以体现评审专家对评审意见承担的个人责任。法律充分保证专家表达不同意见的权利，允许专家保留不同意见并书面说明理由，尽可能帮助减少招标采购过程中产生的失误。在实践中，招标人对专家的不同意见一般都非常重视。但是法律禁止评审专家以弃权、不签字的方式表达个人不同意见的做法。

《招标投标法实施条例》第五十三条第二款规定“评标报告应当由评标委员会全体成员签字。对评标结果有不同意见的评标委员会成员应当以书面形式说明其不同意见和理由，评标报告应当注明该不同意见。评标委员会成员拒绝在评标报告上签字又不书面说明其不同意见和理由的，视为同意评标结果。”法律规定，如专家对评审报告有异议，但不签字视为同意。这项规定可以在提高评审效率的同时能够有效地区分不同成员之间的责任。鉴于此，本法也做了相同的规定。

【案例 4-13】

林某受贿案^①

案情简介：

福建省长乐市人民法院经公开审理查明：被告人林某在任福建省交通科学技术研究所副所长期间，利用其职务及地位形成的便利条件，于 2006 年间通过福建省公路局科教科副科长王某某、工程师尤某某的照顾，帮助福建省冠林电子有限公司在福建省公路规费征收管理系统全省联网中心机房建设工程招标投标过程中取得优势地位，进而顺利中标，后 3 次收受该公司股东荣某、朱某某等人贿送的钱款共计 5 万元人民币。

上述事实有下列证据证明：

^① 福建省长乐市人民法院，长刑初字第 337 号，北大法宝，<http://www.pkulaw.cn>。

证人王某某的证言，证明：他认识林某有十几年了，林某是福建省交通科学技术研究所副所长，林某所在的研究所与他所在的省公路局同属于福建省交通厅下属单位，平时有很多业务往来，林某与他经常有工作接触，因此其二人平时私交关系不错。他在任省公路局教科教科副科长期间，公路局有一机房建设项目，大约在2006年项目招标之前，林某打电话问他说最近省公路局是不是有什么项目要上马，他告诉林某说局里要构建全省公路管理局稽征联网系统。之后局内部先针对该系统的设计方案进行邀标。在机房建设项目上，他们邀请了冠林公司、宏远公司等多家公司参与投标，最后经过集体研究，确定宏远公司的机房设计方案中标。随后，在福建省政府采购中心进行施工投标之前，林某打电话约他吃饭，到饭店还发现林某也约了尤某某，而且朱某某、林某某等人也在场。席间林某为冠林公司说了不少好话，并告诉他说冠林公司也将参与投标机房改造施工项目，请求给予关照。由于林某与他同属于交通系统，而且还是领导，平常关系也不错，他答应买这个面子，会在招标环节给予冠林公司关照。在招标环节是这样照顾的：在评标时，他们作为评标专家，要针对投标人所投标书的技术、价格、商务三方面进行评分，其中价格和商务是硬条件，评分是固定的，技术评分比较灵活，有较大浮动空间，评标专家对技术评分拥有自由裁量权。因此在评标时，他专门给冠林公司的技术环节打了高分，而且尤某某也给冠林公司打了很高的技术分，所以在他们的帮助下，冠林公司成功投得该机房改造项目。他认为最有可能中标的是宏远公司，但因在评标过程中，他和尤某某给冠林公司打了很高的技术分，所以提高了该公司的中标概率。另尤某某告诉他说在冠林公司投标之前尤已将评标委员会的技术参数和评分标准透露给朱某某，所以该公司制作的标书比其他公司更有优势等。

【法理研究】

在本案当中，林某作为本采购项目的评标专家，在评标过程中，与尤某某相互协商，故意给冠林公司的技术环节打了高分，且在评标之前就已将评标委员会的技术参数和评分标准透露出来了，从而提高了该公司的中标几率，为冠林公司谋取不正当的中标结果，此行为是明显的违法行为。

本案也是评审专家利用职务之便为特定投标人中标提供方便触犯刑律的非国家工作人员，同本章三十九条的案例不同的是，该犯违反了有关法规关于保密的规定，偏离了专家应当公正评审的基本底线，更没有履行法律赋予的对供应商可能行贿应及时向财政部门报告的义务，相反收取特定人给予的好处最终触犯刑律。因此，法律对评审专家做出严格的规定和纪律要求是非常必要的。

第四十二条 评审中采购人、采购代理机构的禁止行为

第四十二条 采购人、采购代理机构不得向评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组的评审专家作倾向性、误导性的解释或者说明。

【条文释义】

本条实际上是规定了一项采购人、采购代理机构依法应予履行的一项禁止性义务。

一、采购人、采购代理机构的解释与说明义务

根据本《条例》第十五条第一款的规定“采购人、采购代理机构应当根据政府采购政策、采购预算、采购需求编制采购文件。”采购文件的编制主体为采购人或者采购代理机构，评审专家在评审的过程中可能会对采购文件中的某一项内容存在不明确或者不理解。所以，为了实

现客观公正的评审，采购人或采购代理机构可以对采购文件中的采购项目概况、采购需求、评审办法等向评审小组进行解释说明。

二、不得带有倾向性或者误导性

采购人或采购代理机构在向评审专家履行解释说明义务时，在解释说明的过程之中，不能带有任何倾向性和误导性。例如，评审过程中，采购人、采购代理机构不能直接向评审专家表达对某家供应商、某项服务的好恶态度。

倾向性、误导性的解释说明，都会使评审专家朝向某一家或者某几家供应商，变相地淘汰了其他具有同等竞争机会的供应商。因此，采购人、采购代理机构在进行解释说明时，应当保证客观、真实、清晰、明确，这是保证供应商拥有平等竞争机会的前提和保障，也是保证采购人、采购代理机构廉洁公正，避免滋生腐败的重要举措。

【案例 4-14】

李×受贿案^①

经审理查明：被告人李×在担任剑阁县政府采购中心副主任期间，有如下受贿犯罪事实。

一、两次收受大米供应商赵某甲共计 20 万元人民币的事实。

2013 年 5 月，剑阁县教育和科学技术局委托剑阁县采购中心实施 2013—2016 学年度学生食堂大宗食品采购项目（简称“学生营养餐采购项目”），赵某甲得知后就想做这个项目，为此赵某甲多次找到李×了解学生营养餐采购项目的招标情况，咨询招标的有关事项。后在李×建议下赵某甲挂靠在四川香浓米业有限公司进行此次学生营养餐采购项目大米类包的投标。2013 年 8 月上中旬，在标书初稿制成后，赵某甲先后两次找到李×帮其修改、审核标书，在此过程中，李×叫赵某甲准备 18 万元人民币以活动专家。2013 年 8 月下旬开标当天，李×与评标专家在剑阁县城德意咖啡茶楼见面，李×给评标专家打招呼，让他们关照赵某甲所挂靠的投标企业。当天开标后，赵某甲来到德意咖啡茶楼李×所在的雅间，将装有 18 万元人民币的手提袋交给李×，李×对赵某甲说他已与专家们见过面打过招呼了，叫他放心。随后在专家评标时，赵某甲挂靠的四川香浓米业有限公司顺利中标了一个大米类的包。活动专家的 18 万元人民币被李×据为己有。

投标结束不久后的一天，赵某甲为了表示感谢，电话联系李×在剑阁县中医院附近的街道上见面，在李×的车上，赵某甲以给李×的孩子送月礼的名义送给李×人民币 2 万元。

二、两次收受面粉供应商雍某某共计 8 万元人民币的事实。

2013 年 5 月，雍某某得知剑阁县教科局即将进行学生营养餐采购项目，便委托其在剑阁县教科局工作的表哥给李×打招呼，雍某某也找到李×说他想投标面粉和大米采购项目，希望李×能关照他。过了一段时间，雍某某得知李×得了小孩，就约李×在广元南河的一家茶楼见面，见面后雍某某以给李×的孩子送月礼的名义送给李×人民币 2 万元，并希望李×能在学生营养餐采购项目上帮一下忙。李×推辞了几下便收下了，说尽量给雍某某帮忙，提出活动专家还需准备 6 万元费用，并称大米项目竞争激烈，建议雍某某去投面粉项目。之后，雍某某便挂靠广元维宝面粉有限公司进行投标。

2013 年 8 月份中下旬项目开标前不久的一天，为了尽可能中标，雍某某带上做好的标书去找李×，想请李×帮忙审核标书，并想通过李×打点一下评标专家。在广元南河的一家茶楼，

^① 四川省剑阁县人民法院，剑阁刑初字第 109 号，裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>.

雍某某请李×修改完标书后，同时将活动专家的6万元费用装在牛皮纸袋子内交给了李×。

2013年8月下旬开标当天，李×给评标专家打电话，约评标专家到剑阁县城德意咖啡茶楼见面，并给评标专家打招呼，让他们关照雍某某挂靠的投标企业。随后在专家评标时，雍某某挂靠的广元维宝面粉有限公司顺利中标了一个面粉类的包。活动专家的6万元人民币被李×据为己有。

【法理研究】

本案主体也涉嫌受贿罪，但其身份是县政府采购中心副主任，政府采购中采购中心作为采购人的法定代理人其法律主体是采购人，因此适用本条规定。

法律允许采购人在评审开始阶段，就采购项目的基本情况为评审专家进行相关解释、说明的义务。但同时也规定了较为严格的法定义务：采购人、采购代理机构需要本着客观、真实的意愿，不得对评审专家做出有倾向性或者误导性的解释、说明。

在采购实践当中，采购人、采购代理机构为了达到自己的不良目的，往往会对评审专家做出一些倾向性、误导性的解释说明，最直接的表达方式就是点出供应商的名称。在本案当中，李×通过向评审专家“打招呼”的方式，使赵某甲和雍某某取得不正当的中标结果，将原本应当给专家的活动钱据为己有，说明专家主观上并不是恶意，之所以做出错误的评审结果，是由于李×从中的“打招呼”行为，对其产生了误导性的作用，因此而使两家企业违法中标。

依据相关法律本项目中标无效，同时鉴于李×非法收取好处费已经涉嫌触犯受贿罪。

第四十三条 中标、成交的确定和公告

第四十三条 采购代理机构应当自评审结束之日起2个工作日内将评审报告送交采购人。采购人应当自收到评审报告之日起5个工作日内在评审报告推荐的中标或者成交候选人中按顺序确定中标或者成交供应商。

采购人或者采购代理机构应当自中标、成交供应商确定之日起2个工作日内，发出中标、成交通知书，并在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告中标、成交结果，招标文件、竞争性谈判文件、询价通知书随中标、成交结果同时公告。

中标、成交结果公告内容应当包括采购人和采购代理机构的名称、地址、联系方式，项目名称和项目编号，中标或者成交供应商名称、地址和中标或者成交金额，主要中标或者成交标的的名称、规格型号、数量、单价、服务要求以及评审专家名单。

【条文释义】

本条是对确定供应商、公告中标、成交结果的程序以及关于结果公告内容的规定。

一、提交评审报告

（一）评审报告

1. 评审报告的概念

评审报告是评审委员会向委托人表明评审意见和结果的、具有一定法律效力的书面文件，是评审专家依据《政府采购法》及其相关法律法规，在认真审阅招投标文件的基础上，依照充分、有效、确凿的事实依据、评分规则、标准做出的准确的、客观公正的专业判断的一种文书，

是评审委员会工作成效、质量等方面的综合表现。

2. 评审报告的撰写原则

(1) 权威性原则。在政府采购中,评审专家做出的评审结果和评审结论,在一定程度上决定着采购人、采购代理机构是否能将有限的资金做到最大化的使用。评审报告是对评审工作的总结,是评审结果的书面表达形式,是政府采购工作能否顺利进行下去的一个重要环节。

(2) 专业性原则。评审专家在进行评审的过程中,依据相关法律法规和行业准则,加上自身的相关专业知识、经验等,从而能够做出最准确、科学地评审结果和评审结论。

(3) 客观公正性原则。政府采购评审的公平更多体现为机会的公平,即为潜在的供应商创造或提供公平的竞争机会和条件,对于评审专家个体或评审委员会这一临时组织而言,要实现公平的本质要求,需努力做到以下几点:

一是各处其位即处于恰当的职业位置;

二是各行其权,谨慎行使评审权、发言权、表决权、行为权,既不能减少应有的独立评审权,也不能利用自由裁量权增加或攫取不应有的权利,即不能缺权也能越权;

三是各尽所能,专业评委与商务评委要在各自的位置和权利上尽可能地有作为,但也不能不作为,也不能不尽其应尽之能;

四是各负其责,按评审委员会分工为其应行使的权利承担相应的责任,无责任的权利、责任与权利不对称、权大于责或责大于权都是不公平的体现;

五是各得其所,评审专家依法履行责任后得到相应的报酬,增长了才识,积累了经验。

(二) 提交评审报告的主体和时间约束

虽然评审报告是评审机构评审的工作成果,评审机构成员签字后对采购双方产生法律效力。但是鉴于评审机构是临时机构,评审结束后即解散,因此法律规定向采购人提交评审报告的主体是采购代理机构。为提高采购效率,本条规定自评审结束之日起2个工作日内,采购代理机构将评审报告送交采购人。

二、确定中标、成交供应商的程序

(一) 确定中标人或成交供应商

采购人应当自收到评审报告之日起5个工作日内,在评审报告推荐的中标或者成交候选人中按顺序确定中标或者成交供应商。

法律规定了确定中标或成交供应商的主体是采购人,尽管采购人的权利受到评审报告排名顺序和时间期限的约束,但决策权还是采购人并由此承担相应的法律责任。该制度设计体现了公权对私权的管制,从中可以看出,评审机构在法律授权下评审并提交的评审报告是采购人确定中标人意思表示的基础,一般来讲,排名第一的中标候选人应当确定为中标人,凸显了评审机构法定代理的法律关系。

此外,法条中的期限都是工作日,而不是日历日。本条规定了“5个工作日”确定中标、成交供应商,督促采购人尽快确定供应商,以提高采购效率。

(二) 公示并发出中标成交通知书

据了解,在采购实践中,不少采购中心考虑到“中标通知书发出后就会产生相应的法律效

力，要改变中标结果，就得承担相应的法律责任”，因此，在采购结果出来后，一般是先公示中标结果。公示期一般为七个工作日，如果公示期间无供应商质疑，才发中标通知书。“投标供应商对中标结果有异议的，应当在中标公告发布之日起7个工作日内，以书面形式向招标采购单位提出质疑。确保了没质疑再发中标通知书，可以避免因为质疑而不得不撤回中标通知书引出的种种麻烦。”某市政府采购中心主任对这种做法很是称道。但有法律专家却指出，这种做法违反了《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第六十二条“在发布公告的同时，招标采购单位应当向中标供应商发出中标通知书”之规定。

因此，《政府采购法》没有规定公示中标候选人环节，直接公告中标或成交结果。本条规定，采购人或者采购代理机构应当自中标、成交供应商确定之日起2个工作日内，发出中标、成交通知书，发出中标、成交供应商的主体可以是采购人或者采购代理机构。有专家认为，招标投标关于公示的制度似乎更为合理，但是鉴于政府采购使用的是财政资金，所以公权对私权的管制更加严格，在这种情况下，法律的刚性规定制约了采购人可能拖延确定中标人的空间和时间。

（三）在指定媒体公告

在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告中标、成交结果，招标文件、竞争性谈判文件、询价通知书随中标、成交结果同时公告。

公告中标、成交结果以及招标文件、竞争性谈判文件、询价通知书，便于中标、成交供应商及时查询到相关的结果信息，为下一步签订政府采购合同提前做好准备，同时其他未中标、成交的供应商，可以依照法律的相关规定，如果认为公告的中标、成交的结果侵害到了自身的合法权益，可以在规定的时间内提出质疑。

目前，财政部指定的政府采购信息发布媒体包括中国政府采购网(www.ccgp.gov.cn)、《中国财经报》(《中国政府采购报》)、《中国政府采购杂志》、《中国财政杂志》等。省级财政部门应当将中国政府采购网地方分网作为本地区指定的政府采购信息发布媒体之一。

三、中标、成交公告的具体内容

中标、成交公告的内容，概括起来包含4个方面：

- (1) 招标或采购人（代理机构）信息：名称、地址、联系方式；
- (2) 项目信息：项目名称和项目编号；
- (3) 中标（成交）人信息名称、地址和中标或者成交金额，主要中标或者成交标的的名称、规格型号、数量、单价、服务要求；
- (4) 评审专家信息：评审专家名单。

公告信息的全覆盖最大限度地体现了信息披露的要求，力求通过全社会的监督来保障阳光采购。

【案例 4-15】

中标结果该公告，还是公示^①

【媒体报道】

目前，在采购活动中，很多问题往往是评标结束后才被发现。以2009年发生的广州格力

^① 何红锋. 中标结果该公告还是公示, 中国政府采购新闻网, <http://www.cgpnews.cn>.

空调销售有限公司（以下简称“格力空调”）起诉广州市财政局的行政诉讼案件为例，起因就是在广州市政府采购中心组织广州市番禺中心医院空调采购项目（以下简称“空调采购项目”）中，评标委员会推荐格力空调为排列第一的预中标供应商，评标结束后，采购人番禺区中心医院筹建办认为，格力空调投标设备实质上不能满足招标文件的星号条款。当然，我们看到更多的案例是评标结束后，未成为中标候选人的投标供应商认为评标结果不公而向采购人（采购代理机构）质疑或者向监督机构投诉。此时，采用公告制度还是公示制度公开中标候选人，对后续的处理有重大影响。

按照中国社会科学院语言研究所词典编辑室编辑的《现代汉语词典（第5版）》（商务印书馆2009年出版）的解释：“公告”为动词时，含义是通告，例如，公告全体公民周知；“公示”为动词，意为公开宣示，让公众了解并征求意见，例如，实行干部任前公示制度。两者的区别很明显，公告是告诉公众一个确定的结论，不再征求意见；而公示是一个尚未最后决定的结论，所以，要征求意见。

【法理研究】

1. 条例对中标结果采用的是公告制度

中标结果应该公告还是公示？《条例》已经明确给出答案：采购人、采购代理机构应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告中标、成交结果。所以，《条例》采用的是公告制度。

2. 公告与公示之间的区别

一旦公告的内容错了，也不是绝对不能改正，但其改正的程序一定较为复杂。对于评标结果而言，如果是公告，意味着评标工作全部结束，此时，评标委员会也应当解散了，当然，也不存在由评标委员会改正评标结果错误的可能性了，只能由监督机构改正评标错误了。有学者认为，直接公告既不符合目前大多数项目的实际做法，在理论上也不合理、不经济。因此，对于该条确定的中标、成交结果公告制度，值得学界商榷。公示还是公告，说到底还是处理公平和效率的关系问题。

第四十四条 重新评审、改变评审结果的禁止性规定

第四十四条 除国务院财政部门规定的情形外，采购人、采购代理机构不得以任何理由组织重新评审。采购人、采购代理机构按照国务院财政部门的规定组织重新评审的，应当书面报告本级人民政府财政部门。

采购人或者采购代理机构不得通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果。

【条文释义】

本条是对评审工作结束之后，重新评审、改变评审结果的禁止性规定。

一、不得违法重新评审

江平先生谈到：“从一个法学家的角度观察目前的转型社会，一个重要的特点就是私权利觉醒了，扩大了，而公权力依然维持着很大的干预和控制力。在我们过去控制和管理都相当强大的情况下，私权利很渺小，并不会出现很大的公权力与私权利的冲突。而现在私权日益觉醒

和扩大，公权力仍然保持着较大的干预和管制力量，就会形成转型社会里公权力和私权利的必然冲突，甚至在某一时期会有尖锐的冲突。这是客观规律造成的。”

而政府采购制度设计中的评审制度是体现公权力对私权管制的重要环节。经过法定程序，评审机构提交的评审报告对采购人和中标人产生了很大的约束力，一般来讲，评审结果的公平、公正体现了国家利益的最大化。由于采购人是代理环节的某个层级，依据经济学代理理论判断，代理人的利益和国家利益作为两个主体截然不同的利益范畴必然会存在可能产生差异，导致采购人可能不满意评审结果，要求重新评审并改变中标或成交结果。因此法律对重新评审做了严格的限制。

二、政府采购评审不得随意改变结果

采购人或者采购代理机构不得通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果。对样品进行检测、对供应商进行考察是在评审过程当中充分考虑的因素，不能以其为理由而改变评审结果。这是因为评审结果是根据采购文件中确定的评审标准、评审方法等，通过评审专家的客观分析得出来的，而对样品进行检测或者对供应商进行考察仅仅是评审过程中考虑的因素，因而为了保证评审结果的权威性，不能以对样品进行检测、对供应商进行考察等方式来改变评审结果。

若是在评审结束之后确实发现评审中存在错误或者有影响评审结果的问题等，应当及时向本级财政部门报告，由财政部门依法进行纠正。

三、可以重新评审的除外条款

目前国务院财政部门规定的，可以重新评审的情况主要有以下几种。

1. 确有错误

在非招标采购方式中，《政府采购非招标采购方式管理办法》第二十一条规定“资格性审查认定错误和价格计算错误”可以重新评审，只是没有要求报告程序。

2. 一致认定且现场修改并明确记载

《财政部关于进一步规范政府采购评审工作有关问题的通知》规定“评审结果汇总完成后，采购人、采购代理机构和评审委员会均不得修改评审结果或者要求重新评审，但资格性检查认定错误、分值汇总计算错误、分项评分超出评分标准范围、客观分评分不一致、经评审委员会一致认定评分畸高、畸低的情形除外。出现上述除外情形的，评审委员会应当现场修改评审结果，并在评审报告中明确记载。”

3. 质疑答复导致结果改变的应予备案

《财政部关于进一步规范政府采购评审工作有关问题的通知》规定“参与政府采购活动的供应商对评审过程或者结果提出质疑的，采购人或采购代理机构可以组织原评审委员会协助处理质疑事项，并依据评审委员会出具的意见进行答复。质疑答复导致中标或成交结果改变的，采购人或采购代理机构应当将相关情况报财政部门备案。”

4. 除法律规定外不得以任何理由组织重新评审

《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第三十二规定，在磋商中，“资格性检查认定错误、分值汇总计算错误、分项评分超出评分标准范围、客观分评分不一致、经磋商小组一

致认定评分畸高、畸低的情形”可以重新评审。

鉴于即使符合国务院财政部门规定的重新评审的条件,也应当以书面报告的形式通报本级人民政府财政部门。故而可以认为,除了上述4条的例外规定之外,采购人、采购代理机构不得以任何理由组织重新评审。

【案例 4-16-1】

浙江博××环保科技有限公司与宁波市鄞州区环境保护局行政合同案^①

经审理查明:宁波市鄞州区电镀工业污染地下水修复工程项目系全部使用国有资金的基础设施项目,属法定必须进行招标的项目,该项目的招标人为第三人环境服务公司,招标代理人为第三人凯×公司。

2014年6月,两第三人就该项目发布招标公告,其中载明投标人资质等级需同时满足下列三项资质要求:①具备建设主管部门颁发的环境工程专项设计资质(水污染治理或污染修复工程)乙级及以上资质;②具备浙江省环保产业协会颁发的污染治理总承包资质(生态修复);③具备从事环保工程的经历,且至少有一项污染场地修复业绩(提供合同及竣工验收报告)。在招标文件规定的投标截止时间前有包括原告在内的四家单位投标,其中通过资格审查符合招标文件要求的有原告、大×公司及成×公司。

2014年7月14日,经开标、评审,评标委员会向招标人推荐原告为第一中标候选人。后在公示期间内,大×公司向两第三人提交《投标质疑》,认为参与投标的单位中仅有两个符合招标人资格要求,本次招标合格投标人不满三家,其中成×公司所持有的《工程设计证书(乙级)》由国家环保总局颁发,并非建设主管部门核发,且该证书已经作废;另外,成×公司主要从事废水处置和在线监视业务,从未涉及污染场地修复工程,该公司在提交的业绩证明并非污染场地修复工程业绩,因此,本次招标及产生和结果无效。对此,原评标委员会于2014年7月31日对投标人的资格和投标文件进行复评,复评结果是:“成×公司提供的设计证书为国家环保总局所发,证书有效期为长期,符合招标文件要求;至于实质性审查,应当由建设单位向相关行政部门进行申请,对此予以认定。”

2014年8月5日,第三人凯×公司决定对涉案工程重新组织专家评审,并将该情况以书面形式通知了原告。2014年8月6日,重新组织的评标委员会对涉案工程投标人的资格和投标文件进行审查,结果如下:1.对于成×公司提供的环境工程专项设计资质是否已经废止,评标委员会一致认为,就建市资函(2008)34、建设发(2009)153号、建设发(2008)154号及建办市函(2009)331号文件仍无法证明该投标单位环境工程专项设计资质已经废止;2.对于成×公司提供的大农港(备塘河—五会港)综合整治工程业绩,根据《HJ682-2014 污染场地术语》对于污染场地概念的规定,专家认为该业绩不符合招标文件规定的污染场地修复业绩要求。该评标委员会同时认定,由于成×公司的资格要求不符合招标文件规定,故原投标有效单位仅剩博××公司和大×公司两家单位,评标委员会认为上述两家单位无竞争性,判定涉案工程招标为流标。

2014年8月8日,两第三人将上述结果书面通知原告。原告收到后于2014年8月11日以两第三人为被投诉人向被告提出投诉申请,认为两第三人在受理大×环保公司的投诉后未告知原告投诉及投诉处理情况,且重新组织评标委员会评审并更换评标委员会成员,不符合《条

^① 浙江省宁波市鄞州区人民法院,甬鄞行初字第82号,裁判文书分享平台, <http://www.caseshare.cn>.

例》第五十四条第二款、第四十六条第二款的规定。现招标代理人又在网站公布重新招标的公告，此行为违反了《条例》第五十四条第二款的规定。原告向被告提出以下投诉主张：

(1) 负责投诉的行政监管部门以及两第三人就前次投诉事宜书面告知原告；

(2) 撤销两第三人于2014年8月6日重新组织的专家评审；

(3) 要求维持原评标结果；

(4) 立即停止重新招标的行为并撤回宁波市鄞州区公共资源交易中心官方网站公布的招标公告；

(5) 要求相关行政监督部门对两被投诉人的违法违规行为进行彻查。

被告于次日做出《信访事项受理告知单》受理了原告的投诉，并向两第三人发送了《陈述和申辩通知书》。经调查，被告于2014年8月19日做出《投诉处理意见》，认为原告的投诉主张不能成立，决定驳回投诉，并向原告送达。原告收到后对此不服，向宁波市环境保护局提出行政复议申请，但未被受理，故原告现诉至本院。

另查明，涉案工程重新招标工作已经结束，现处于进场施工作业阶段。

本院认为，根据《招标投标条例》第五条第一款第(四)项的规定，被告作为政府环保行政主管部门，具有受理并处理环保领域招标投标活动投诉的法定职权。在程序上，被告于2014年8月12日受理原告的投诉申请后，在30日内做出了《投诉处理决定》并送达原告，符合法定程序。原告认为被告应当听取成×公司的意见，但根据《工程建设项目招标投标活动投诉处理办法》第十六条的规定，在投诉处理过程中，行政监督部门应当听取被投诉人的陈述和申辩，因成×公司并非被投诉人，且该公司就其资质问题未曾向两第三人及被告提出异议或投诉，故被告未听取成×公司的意见并不违法。

本案中，被告针对原告所投诉的事项展开调查并进行了处理，根据原告投诉的内容来看，其主要意见在于两第三人在对大×公司前次提出的异议事项未做出处理决定的情况下重新组成评标委员会评审的行为违法。对此，本院认为，从两第三人处理大×公司异议的过程来看，招标人重新组成评标委员会对成×公司的资质进行审查系其处理该起异议的具体形式，此时，对于大×公司的异议仍处于处理过程中，客观上无法将处理结果告知原告。在异议处理完毕后，两第三人于2014年8月8日以书面形式告知了原告最终的处理结果，故原告提出的招标人未告知其投诉处理结果的投诉主张不能成立。

至于两第三人重新组成评标委员会的合法性问题，因原评标委员会在针对大×公司的异议进行核查时，就成×公司提供的专项设计证书是否有效未出具明确意见，且未对成×公司的业绩是否符合招标公告要求进行审查，导致核查内容不全，招标人无法据此做出处理意见。在此情形下，两第三人组织新的评标委员会对大×公司质疑的事项，即成×公司的资质问题进行核查，并出具了相关意见，由此可见，该新评标委员会组建的目的并非在于重新评标，

综上，招标人组建新评标委员会的行为并不违法。据此，原告要求维持原评标结果以及要求第三人停止重新招标行为的投诉事项均缺乏事实和法律依据，被告对此做出驳回投诉处理的决定结论正确。原告认为被告在处理原告的投诉过程中，未对成×公司的资质和业绩进行实质审查，本院认为，成×公司的资质和业绩问题并非原告投诉时事项，且成×公司对此未提出异议，被告对此未予审查正确。

但是，被告在《投诉处理决定》中认定两第三人对大×公司的投诉重新组织专家组评审的依据在于《实施条例》第八十二条、《浙江招标投标条例》第三十七条的规定，本院认为，《实施条例》第八十二条所规定的重新招标或者评标的适用前提系招标、投标、中标无效，第三人凯

×公司于2014年8月6日重新组成评标委员会评标时前次评标尚未被认定为无效，该条对于本案不具有可适用性。

此外，《浙江省招标投标条例》第三十七条第二款所规定的责令招标人重新评标或者招标系有关行政监督部门发现招标投标过程中存在违法行为时的处理方式之一，同样无法适用于本案。

被告又在《处理决定书》中称“因原专家组成员在向招标人提交评标报告后已告解散，招标人就该项目重新组成专家组就中标公示期投诉事项进行评审，并无不当”，该内容缺乏事实依据，存在瑕疵，本院予以指正。

【法理研究】

本案的争议焦点在于此次招标人组建新评标委员会进行重新评审的行为是否违法。本案的法院认为：因原评标委员会在针对大×公司的异议进行核查时，就成×公司提供的专项设计证书是否有效未出具明确意见，且未对成×公司的业绩是否符合招标公告要求进行审查，导致核查内容不全，招标人无法据此做出处理意见。在此情形下，两第三人组织新的评标委员会对大×公司质疑的事项，即成×公司的资质问题进行核查，并出具了相关意见，由此可见，该新评标委员会组建的目的并非在于重新评标，综上，招标人组建新评标委员会的行为并不违法。

本《条例》规定，除国务院财政部门规定的情形外，采购人、采购代理机构不得以任何理由组织重新评审。因此，不能组织重新评审是原则，特殊情形是例外。

而且采购人、采购代理机构做出评审结果主要依据的是采购文件，如采购文件中规定的采购标准、采购评分方法、采购需求等，而不是通过对样品进行检测或者对供应商进行考察就可以轻易改变评审结果，这两项并不是影响评审结果的实质性要素。因此，评审结果一旦做出，除非有法定的例外情形，采购人、采购机构不得以任何理由对其做出改变，这在一定程度上维护了评审结果的严肃性和确定性。评审结果往往是评审专家根据自身的经验知识、专业技术进行独立评审做出来的，而采购人、采购代理机构正是因为自身缺少某一方面的专业知识储备，才会让有关评审专家参与到政府采购工作中来，既然评审专家已经做出评审结果，且评审专家往往对该评审结果负责，所以，采购人、采购代理机构若是轻易地就可以改变评审结果的话，那么让评审专家开展政府采购评审活动的意义又何在呢？

【案例 4-16-2】

质疑核查投标人样品违反《条例》的答复^①

【案例回放】

某投标人在某办公设备采购项目的中标结果公布后向采购代理机构提出了质疑，质疑人将中标产品的生产厂家在网上公布的技术指标与招标文件的招标要求技术指标进行对照后，认为中标结果公布的中标产品的品牌和型号有两项技术功能——开机报警和被盗报警未实质性响应招标要求，应属无效投标；如果说中标人在投标文件中做出响应招标要求的话，就是与其产品本身的技术指标不符，存在以虚假材料谋求中标嫌疑。

采购代理机构经过核查中标人的投标文件，发现其投标文件对招标要求全部做出了响应，从投标文件的书面材料看，的确实质性响应了招标文件的要求，但是否存在虚假应标则无法查清。采购代理机构要求中标人对质疑人提出的虚假应标问题做出解释，中标人回应称中标产品

^① 沈德能. 质疑核查投标人样品违反《条例》的答复[N]. 政府采购信息报, 2015-08-13.

完全满足招标要求。

中标人还提供了生产厂家的书面证明并称可以通过查看样品来了解该产品的技术指标。采购代理机构遂组织了部分评标专家、采购人代表和中标人的授权代表一起，打开样品，由中标人的授权代表开机操作，实物演示和解说该产品的技术指标。

核查结果是，中标产品确实没有开机报警和被盗报警的功能，中标人授权代表当场表示该两项功能为招标文件要求的非实质性要求，是允许偏离的技术要求，不应作为无效投标的评标根据和理由。采购代理机构根据对样品核查的结果，认为虽然该两项指标是招标要求允许偏离的指标，但投标人必须按照自己投标产品本身所具有的技术来响应招标文件，而不是在投标文件中对产品的技术指标做出虚假的陈述。

虽然经过核查证实了投标人虚假应标的事实，但采购代理机构对是否应该认定中标无效则持有不同的看法——

第一种意见认为，中标人存在提供虚假材料谋取中标的行为，违背了政府采购要求的诚实信用原则和相关的规定，应当做出中标人投标无效的质疑答复。

第二种意见认为，如果根据对样品的核查结果来认定中标人投标无效则改变了中标结果，不符合《政府采购法实施条例》第四十四条第二款规定的“采购人或者采购代理机构不得通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果”。

第三种意见认为，中标人投标无效属于改变了中标结果，应当由监管部门来认定，采购代理机构不宜直接改变中标结果。 问题：

（1）质疑答复时，是否可以核查投标人的样品，并以此为根据改变中标结果？

（2）采购代理机构在质疑答复中，是否有权直接改变中标结果？

点评：质疑答复时，采购代理机构可以核查投标人的样品。

理由有四：

（1）查清质疑是否属实是招标人、采购代理机构的责任，为调查的需要而核查投标人的样品是答复某些质疑所必需的。就本项目而言，在查看中标人的投标文件无法查清是否存在应标与实际技术不符的质疑时，就应该通过向生产厂家询问和核查样品（本项目要求提供样品）来了解。

（2）对样品的评审是评标的一部分，质疑时核查样品是为了了解评标委员会的评标情况是否有错误。核查样品就如要查看投标文件和评标资料一样，都是为了调查清楚质疑所提出的情况是否属实，并非对样品重新评审。

（3）核查不是事后“检测”。《政府采购法实施条例》第四十四条第二款规定的“采购人或者采购代理机构不得通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果”是指在评标结束后，没有法定事由，采购人或者采购代理机构又对样品进行检测，并以检测结果来改变评标结果。《政府采购法实施条例》禁止通过对样品进行检测改变评审结果，是为了分清评标的职责，尊重评标委员会的评标结果。在没有质疑投诉的情况下，采购人或者采购代理机构通过第三方机构对样品的检测（评标）来改变评标结果，实质上是第三方机构行使了本该属于评标委员会的评标权，是在评标结束后的“重新评标”，当然要禁止。而在处理质疑中，对样品的核查则是为了调查质疑的需要，了解是否有错误评标，不是通过第三方机构来对样品进行检测，不是“重新评标”。

（4）《政府采购法实施条例》第五十八条规定“财政部门处理投诉事项，需要检验、检测、鉴定、专家评审以及需要投诉人补正材料的，所需时间不计算在投诉处理期限内”，明确规定了为了处理投诉的需要，可以对样品进行检测。虽然没有法律法规和规章规定在处理质疑时可

以检测样品，但核查样品并不违背政府采购的基本原则且为实务操作所必需，具有正当性。

采购代理机构在质疑答复中有权直接改变中标结果。

虽然法律法规和规章未直接规定代理机构在答复质疑人时如何处理评标结果，但在一些条文和规范性文件中，可以看出采购代理机构在质疑答复中有权直接改变中标结果。

(1)《政府采购法实施条例》第五十四条“询问或者质疑事项可能影响中标、成交结果的，采购人应当暂停签订合同，已经签订合同的，应当中止履行合同。”这意味着在质疑答复中是有可能改变中标结果的，否则不需要暂停签订合同或者中止履行合同。而暂停签订合同或者中止履行合同则是为改变中标结果而准备的措施。

(2)财政部《关于进一步规范政府采购评审工作有关问题的通知》(财库〔2012〕69号)要求“质疑答复导致中标或成交结果改变的，采购人或采购代理机构应当将相关情况报财政部门备案”，这就意味着，采购代理机构在质疑答复中有权直接改变中标结果，只需将相关情况报财政部门备案即可。

【法理研究】

本案例是政府采购实施条例颁布后发生的一个案例，《条例》规定“采购人或者采购代理机构不得通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果。”本案也是对样品进行检测，却改变了中标结果。关键是法律规定的行为指在定标后不得用检测和考察改变中标结果，即评标委员会的评审意见应当得到尊重，除法定事由不能改变。

本案是在答复投标人质疑中通过对样品检测核实质疑的真伪，经查实，中标候选人确实存在虚假材料谋求中标嫌疑，招标人应当援引财政部《关于进一步规范政府采购评审工作有关问题的通知》(财库〔2012〕69号)第四条的规定：“参与政府采购活动的供应商对评审过程或者结果提出质疑的，采购人或采购代理机构可以组织原评审委员会协助处理质疑事项，并依据评审委员会出具的意见进行答复。质疑答复导致中标或成交结果改变的，采购人或采购代理机构应当将相关情况报财政部门备案。”但是本条第一款规定：“采购人、采购代理机构按照国务院财政部门的规定组织重新评审的，应当书面报告本级人民政府财政部门。”因此，本案中招标代理直接改变中标结果应当书面向财政部门报告，招标代理机构直接改变中标结果不妥。

第四十五条 验收

第四十五条 采购人或者采购代理机构应当按照政府采购合同规定的技术、服务、安全标准组织对供应商履约情况进行验收，并出具验收书。验收书应当包括每一项技术、服务、安全标准的履约情况。

政府向社会公众提供的公共服务项目，验收时应当邀请服务对象参与并出具意见，验收结果应当向社会公告。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第四十一条规定的细化。

《政府采购法》第四十一条规定“采购人或者其委托的采购代理机构应当组织对供应商履约的验收。大型或者复杂的政府采购项目，应当邀请国家认可的质量检测机构参加验收工作。”

一、履约验收的必要性

政府采购项目的验收是指在政府采购合同执行过程中或执行完毕后,采购人对政府采购合同执行的阶段性结果或最终结果进行检验和评估。履约验收是对供应商履行合同情况的检查和审核,是检验采购质量的关键环节。做好验收工作,可以检验供应商的履约能力和信誉。如果出现质量问题,可以根据合同相关条款的规定,及时处理,从而保护采购人的合法权益。忽视履约验收,是对供应商的纵容,不利于政府采购市场的规范发展,也令前期所做工作付诸东流,达不到对供应商的有效管理,实现不了政府采购应有的作用。

二、出具验收书

采购人或者采购代理机构应当按照政府采购合同规定的技术、服务、安全标准,组织对供应商履约情况进行验收,并出具验收书。

《合同法》第六十条规定“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”因此,供应商作为采购合同的当事人,应当按照合同约定的内容来履行自身相应的义务,采购人或者采购代理机构对供应商的履约情况进行验收,实际上起到一种监督管理的作用,督促供应商能够最大程度地完成合同约定的事项,也能保证采购合同的顺利履行。

验收书应当包括每一项技术、服务、安全标准的履约情况。这是验收书包含的最基本的内容,必须写明。若还有其他的履约情况,可以在验收书中注明。这里的安全标准不仅指的是采购项目本身的安全标准,也要考虑到国家安全、公共安全等。

规定验收书法定包含的内容,就要求采购人、采购代理机构组织验收时,应当是对供应商履约情况的实质性的验收,而不仅仅是形式上的验收。

三、验收结果向社会公告

政府向社会公众提供的公共服务项目,验收时应当邀请服务对象参与并出具意见,验收结果应当向社会公告。

涉及向社会公众提供公共服务的项目,其目的之一就是为了社会公众服务、维护社会公众利益。履约质量的好坏与服务的受益对象密切相关,因此,在验收时就应当邀请服务对象参加,出具意见并且将验收结果向社会公告,使社会公众能够及时、准确地了解相关的履约信息情况,对有关的事项及时做出反馈,方便指导供应商的履约行为。例如,采购社区体育器材的验收应当请小区住户代表参加验收并出具意见,这是保障其社会监督权一种重要方式,也体现了社会监督的广泛性和有效性。

【案例 4-17】

中核集团电子采购平台项目顺利通过专家组验收^①

【媒体报道】

近日,在集团公司规划发展部和科技与信息化部的指导下,中核工程建设管理中心组织相关专家对中核集团电子采购平台进行了项目验收。

中核集团电子采购平台自 2015 年 3 月 30 日正式上线以来,已有 18 个招标、询价采购项目在电子采购平台上进行采购,1 个邀请招标项目已完成采购。经过实际采购项目的运行检验,系统运

^① 中核集团电子采购平台项目顺利通过专家组验收, 中电新闻网, <http://www.cpn.cn>.

行的稳定性、业务处理的易用性等都得到了有效的验证,电子采购平台已具备进行系统验收的条件。

经过评审,验收专家组认为中核集团电子采购平台系统功能、性能及过程文档基本满足预定目标及要求,并符合验收标准及相关规定,验收评审依据明确、方式得当、过程可控。平台顺利通过验收。

【法理研究】

组织验收是政府采购过程中不可或缺的一个必要环节。近年来,媒体多次曝光“床垮垮”“黑心棉”“问题新华字典”“残次课桌椅流入校园”等事件,招致社会对政府采购的诸多质疑,归根结底就是验收缺位。十多年来的政府采购改革实践表明,要真正发挥政府采购制度功能作用,遏制并逐步解决上述问题,仅靠不断强化采购程序监管是不够的,必须强化和完善制定采购需求、履约验收等相关制度。因此,法条规定,采购人、采购代理机构应当按照政府采购合同规定的技术、服务、安全标准组织对供应商履约情况进行验收。在本篇媒体报道中,验收专家组在中核集团电子采购平台满足采购需求、目标的基础之上,在符合验收标准及相关规定的前提下,完成了对此采购项目的验收工作。

第四十六条 电子档案

第四十六条 政府采购法第四十二条规定的采购文件,可以用电子档案方式保存。

【条文释义】

本条是对采购文件的保存方式增加了电子档案的方式。

《政府采购法》第四十二条对文件的保存做出了具体规定“采购人、采购代理机构对政府采购项目每项采购活动的采购文件应当妥善保存,不得伪造、变造、隐匿或者销毁。采购文件的保存期限为从采购结束之日起至少保存15年。”

随着现代科学技术的迅猛发展和信息技术的广泛应用,加之国家对信息化的依赖程度越来越大,电子档案的应用程度越来越高。电子档案的应用可以减少纸质化的操作,减少资源的浪费,提高资源利用率;可以提高档案的保存年限,不易丢失和破坏,易于长时间保存;方便简洁,容易查找,提高工作效率;易于实现有效的监督。

本条对保存方式增加了电子档案的方式,可以促进电子招标采购方法的普及。

【案例 4-18】

国网天津物资公司招投标档案电子化率达到 100%^①

【媒体信息】

新华网天津2月9日电 记者从国网天津物资公司获悉,该公司日前为全部招投标档案建立电子目录,实现电子归档数据化管理,为评标结果查询、审计工作提供便利条件。

国网天津物资公司相关负责人介绍说,招投标档案电子化后,工作人员只需登录查询系统,输入档案描述关键词,就能方便快捷地找到自己所查询档案的编号及对应存储位置。招投标档案的电子化管理,不但节省了档案查阅时间,而且还避免了档案文件的损坏和丢失。

^① 周润健,侯雅洁,张娟.国网天津物资公司招投标档案电子化率达到100%,新华网天津频道, <http://www.tj.xinhuanet.com>.

据了解,为做好此项工作,物资公司建立健全了招投标电子档案管理的各项规章制度,指定专人负责电子档案工作及后期档案的整理移交。设定“虚拟流水线”,专人、专项流水作业完成档案管理系统中招投标文件的电子目录上传工作。在原有的纸质文件归档过程中,对所有招投标档案目录进行数字化加工,分类存储在计算机系统中。

物资公司还非常注重强化招投标档案内部管控,设置专用计算机用于管理电子档案。档案信息以密码U盘为传输介质,确保文件归档全过程安全管控。

此外,为提升档案管理规范性、保密性,物资公司还组织档案归档人员开展安全、保密培训,强化员工信息安全保密意识,确保人人知保密、懂保密、善保密、会保密。

【法理研究】

随着现代网络科学技术的发展完善,以电子档案取代纸质档案逐渐成为一种新型的文件保存方式,不仅仅具有方便、快捷、低廉、高效等优势,还能够为政府采购监督管理部门进行监督管理提供电子化的文件依据,这是适应时代潮流发展的新趋势。

但是在实践中,需要特别注意的一点是,需要保证录入的数据、文件客观、真实,这就要对文件电子化归档的全过程进行监督检查,保证归档人员没有私自修改、私自隐藏、私自篡改文件的违法行为的发生,提高归档人员的保密意识、责任意识,从而规范文件电子化管理机制。

参 考 文 献

1. 论文

- [1] 刘鹏鸿,俞欣.加强政府采购计划管理的意见建议[J].水利财务与经济,2009(22).
- [2] 马蔡琛.现代预算制度的演化特征与路径选择[J].中国人民大学学报,2014(05).
- [3] 马文静,张当眉.论我国预算制度改革的取向[J].沿海企业与科技,2007(05).
- [4] 朱最新,曹延亮.行政备案的法理界说[J].法学,2010(04).
- [5] 王怿峰.行政备案制度研究[J].北京:中国政法大学硕士论文.
- [6] 王利明.预约合同若干问题研究[J].法商研究,2014(01).
- [7] 朱润菊.建好专家库 规范政府采购评审[J].中国政府采购,2010(06).
- [8] 刘刚.政府采购供应商管理研究[J].北京:北京工业大学硕士论文.
- [9] 朱少平,张通主编.中华人民共和国政府采购法释义[M].北京:中国财政经济出版社,2002年版.
- [10] 刘亚利.政府采购案例精编[M].北京:中国金融出版社,2011年第1版.
- [11] 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著:中华人民共和国政府采购法实施条例释义[M].北京:中国财政经济出版社,2015年第1版.

2. 网站

- [1] 预算编制程序实行“二上二下”的基本流程,凤凰网, <http://news.ifeng.com>, 2010-04-04.
- [2] 用预算公开遏制高价政府采购,中国新闻网, <http://business.sohu.com>, 2013-02-27.
- [3] 市级政府采购项目 预算金额全面公开,新浪网, <http://news.sina.com.cn>, 2014-3-27.
- [4] 浅谈最低评标价法的局限性与星号条款的重要性,中国招投标协会, <http://www.ctba.org.cn>, 2013-11-06.
- [5] 《关于做好政府采购信息公开工作的通知》财库[2015]135号,中国政府采购网, <http://www.ccgp.gov.cn>.
- [6] 郑天赋.科学构建综合评标专家库的思考,中国招投标协会, <http://www.ctba.org.cn>.

3. 报纸

- [1] 吴培锋.审计署、财政部独揽一万亿政府采购 缺乏有效监督制约[N].投资者报, 2012-07-08.
- [2] 陈燕平, 张丽莉, 鲁志强.招标文件发售宜持续多长时间[N].中国政府采购报, 2012-07-15.
- [3] 河南驻马店市推广标准化招标文本[N].中国政府采购报, 2013-08-29.
- [4] 谷辽海.政府采购招标文件亟须规范[N].中国经济时报, 2005-08-23.
- [5] 解疑释惑.《政府采购非招标采购方式管理办法》(上)[N].中国政府采购报, 2015-02-13.
- [6] 黄民锦.如何撰写规范的评审报告[N].中国政府采购报, 2013-08-13.
- [7] 黄民锦.政府采购评审专家制应完善而不是取消一评审专家制度存废之争[N].中国政府采购报, 2012-05-22.

第五章 政府采购合同

第四十七条 合同标准文本

第四十七条 国务院财政部门应当会同国务院有关部门制定政府采购合同标准文本。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第四十五条的进一步规定,《政府采购法》第四十五条规定“国务院政府采购监督管理部门应当会同国务院有关部门,规定政府采购合同必须具备的条款。”

一、制订合同标准文本的必要性

(一) 制订合同标准文本是政府有关部门实现公权管制的措施

标准合同产生于 19 世纪后半叶,盛行于当代。19 世纪以后,随着科学技术的飞速发展,商业交易日益繁盛,特别是公用事业的大量出现并在社会经济生活中扮演的角色越来越重要,使得标准合同得以兴起并被越来越广泛地应用。标准合同也被称为格式合同、定式合同、附和合同。在我国的《合同法》和《消费者权益保护法》中,采用的是格式条款和格式合同的提法。

招标采购活动的目的之一就是在公权的管制下缔结双边或多边民事采购合同。《条例》第三十二条第二款规定“招标文件应当包括采购项目的商务条件、采购需求、投标人的资格条件、投标报价要求、评标方法、评标标准以及拟签订的合同文本等。”政府采购中的合同是招标文件的重要组成部分。因此,制定合同标准文本,实现对其的法律规制,是政府有关部门的法定义务。

(二) 制订采购合同标准文本在政府采购中具有重要的意义

(1) 既平衡利益又分配风险,能遏制“霸王”条款。

一个标准的合同文本,可保证合同双方当事人的权利义务均衡、风险分配合理,避免显失公平的“霸王”条款的存在。“霸王条款”的滋生和蔓延在一定程度上动摇了合同自由、公平、诚实信用原则,破坏了当事人之间的利益平衡,如果得不到遏制,将会导致市场交易秩序的混乱,引发一系列法律纠纷和社会矛盾。

(2) 降低交易成本,有利促成交易以实现共赢。

由于政府部门制订的合同标准文本具有强制性和权威性,容易使采购人和供应商接受和采纳,不仅有利于合同双方能够提前预测出合同履行的结果和风险,还有利于供应商降低报价,最终使采购人受益,实现合同双方的共赢。

因此,标准合同文本可以降低双方当事人在政府采购过程中的合同缔约成本,使用标准合同文本还可以增进有关交易的安全,预测和防范在政府采购过程中可能产生的经营风险和法律风险。

(3) 其权威的经验积累有利于明确责任化解纠纷。

由于合同标准文本具有公开性和确定性,因此,可以在一定程度上辅助一些法律知识缺乏、相关基础专业知识薄弱的采购人减少因签订的合同中存在不合理、不合法的条款而带来的利益

损失，同时有利于明确责任分配，及时解决矛盾纠纷。

二、政府采购合同标准文本的法律特征

《政府采购法》第四十三条规定：“政府采购合同适用合同法。”

根据《合同法》第四条规定“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”合同的原则之一就是意思自治，一般认为，当事人意思自治原则，是指在合同关系法律适用问题上，尊重当事人的自由意志，由当事人协议选择准据法的做法，即有关合同条款依法应由当事人自愿订立，不受任何单位和个人的非法干预。

政府采购合同到底属于民事合同范畴还是行政合同范畴呢？有人认为，《政府采购法》将政府采购合同定位为民事合同，似乎是对政府采购合同在宏观上具有民事合同的某些性质做了准确定位。然而，微观分析这一定位，可以发现它既未反映合同类型化的法制演进逻辑，更与政府采购合同国际发展趋势不一致。政府采购合同的本质属性明显有别于民事合同，因此，也有专家认为政府采购合同应属行政合同。

但是鉴于政府采购资金属于财政性资金，是纳税人的钱，采购的目的是为了公共事务，所以，其自愿的意思表示必然会受到公权力的约束。采购人和供应商在民事合同中的权利义务平等，双方享有自愿订立政府采购合同的权利，但是合同订立的程序和内容应当遵守《政府采购法》的相关规定。因此，我们认为，政府采购合同是具有公法和私法两重法律关系的民事合同，合同中有关的体现社会政策目标管制的条款体现着公法的属性，合同中当事人双方的一般性权利义务则体现着私法的属性。

三、制定政府采购合同的政府职能部门

本条规定国务院财政部门会同国务院有关部门是制定政府采购标准合同的职能部门。鉴于政府采购的领域和服务对象极其广泛，加之我国《合同法》规定的合同类型，例如，买卖合同、借款合同、租赁合同、运输合同等有 15 种之多，各种不同的合同都有可能涉及，因此多部门合作是必然的。

四、合同的必备条款和示范文本

（一）合同标准文本与合同必备条款之间的关系

《政府采购法》第四十五条规定政府有关部门应规定合同中包括的合同法定必备条款。《合同法》第十二条规定合同的必备条款是：“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”法律对合同的必备条款已有规定，除此之外，政府采购合同自应包括符合政府采购特点且与具体的政府采购活动有关的条款，如政策性要求条款、履约验收条款、资金支付条款等。故可见，必备条款仅仅是采购合同标准文本的核心内容。

（二）合同标准文本与合同示范文本之间的关系

合同标准文本与合同示范文本最大的区别在于法律效力不同。针对合同示范文本，当事人可以参照其订立合同，不具有强制性，而合同标准文本具有强制性，采购人必须按照合同标准文本与供应商签订采购合同，没有自主选择权。

【案例 5-1】

制定政府采购合同标准文本将进入实质性阶段^①

【媒体报道】

制订政府采购合同标准文本在政府采购中具有重要意义。一个好的合同文本，应当是双方权利义务保持均衡，体现公平公正的。一个合同文本如果是双方都熟悉的，有利于双方预测合同履行的结果和风险，有利于供应商降低报价；反之，如果供应商对合同文本不熟悉，为了避免风险和亏本，只能提高报价，最终对采购人不利。

要想实现合同文本中双方权利义务的均衡，要想让双方都对合同文本比较熟悉，最容易做到的就是由政府部门制订合同标准文本。因为政府部门可以集中法律、经济等专业人才，让制订的合同文本实现双方的公平。同时，也由于政府部门制订的合同标准文本的权威性，容易使采购人和供应商都能接受。

【法理研究】

《条例》第四十七条规定，国务院财政部门应当会同国务院有关部门制定政府采购合同标准文本。这一规定，将使制定政府采购合同标准文本进入实质性阶段。同时，在《条例》中做出这一规定，能够确保政府部门制定合同标准文本的效力。

从理论上说，如果仅仅是财政部门规定制定政府采购合同标准文本，必须依赖当事人的使用，如果采购人不使用，可能会违背财政部门的管理性规定，但不会导致合同无效。因为标准文本相对公正，属于政府对相对人提供公共服务的一种形式，不是管制性约束，因此不会导致合同无效。所以无论《招标投标法》还是《政府采购法》虽然都要求使用标准文本，但均未设置相应的法律责任。

第四十八条 履约保证金

第四十八条 采购文件要求中标或者成交供应商提交履约保证金的，供应商应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式提交。履约保证金的数额不得超过政府采购合同金额的 10%。

【条文释义】

本条是供应商提交履约保证金的形式和数额的规定。

一、提交履约保证金的必要性

《政府采购法》没有关于履约保证金的规定，但在实践中，有关政府采购合同的违约现象时有发生且产生十分严重的后果。因此，在政府采购合同中，采购人也需要有追究对方违约责任的手段。

政府采购合同的违约责任，是指合同当事人因违反有效政府采购合同的义务所应承担的不利后果。这种不利后果指的是民事责任而非行政责任，其产生的前提是存在着有效的政府采购合同。自采购人与中标或成交供应商签订书面的政府采购合同即发生法律效力，并将在当事人

^① 何红锋. 采购合同公开体现里程碑式进步[N]. 中国政府采购报, 2015-03-20.

之间产生法律拘束力，双方当事人均应该按照合同约定全面地、严格地履行各自的合同义务。而要求供应商提交履约保证金，是一种经过政府采购市场长期实践、国际上通行的、被证明行之有效的约束供应商的手段。

履约保证金是中标、成交供应商根据采购文件的要求向采购人或者采购代理机构提交的以保证其按照合同内容及时、准确履行合同义务的一项资金担保。采购文件要求供应商提交履约保证金的主要目的就是，督促供应商能够按照采购合同的条款，正当、全面地履行合同内容，以确保合同目标的实现。履约保证金不但能够有效地遏制低价的恶性竞争，还能够保证合同履行质量和效率，防范合同履行中存在的风险。

二、履约保证金的性质

履约保证金这种担保所产生的权利为物权还是债权？即履约保证金是否产生担保物权？一般情形下，履约保证金如以支票、汇票、本票等资金形式缴纳，则显然为金钱担保。鉴于在传统民法理论中，货币所有权与其占有的合一，谁占有了货币谁就是其合法的所有人，故而金钱担保无论以何种资金形式缴纳，其本质上均为货币质押，其所产生的为物权而非债权。只有在以保函等形式提供保证时，才为债权担保。

履约保证金的形式、数额由采购人依据法律规定在采购文件中做出规定，在合同履行中是否缴纳履约保证金是采购人的私权利，缴纳履约保证金可以有效防范合同履约风险，但是资金占用的交易成本最终还是会体现在合同总价中。因此，履约保证金已经成为很多采购工作人员思考的问题，占用供应商流动资金其实并非采购人的本意，但无正当理由拖延不还，自有不当得利之嫌。

三、履约保证金的形式和数额

（1）履约保证金的提交形式

本条规定供应商缴纳的履约保证金应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式提交。

（2）履约保证金的数额

由于履约保证金是担保供应商在合同履行阶段的履约行为，这一阶段的违约，比在合同订立阶段拒绝订立合同，给采购人造成的损失要大得多，因此，履约保证金的数额一般也比投标保证金大得多。

履约保证金的最高限额属于强制性规定。法律规定履约保证金的数额不得超过政府采购合同金额的10%。既考虑到履约保证金的约束力，同时也避免给供应商造成较大的负担，同时也与《招标投标法实施条例》的相应规定相衔接。

【案例 5-2】

政府采购保证金^①

【媒体报道】

政府采购保证金常见的有两种形式，即投标保证金和履约保证金。

某省沃土工程项目仪器设备采购文件约定：中标人在收到某省土肥总站的中标通知书后

^① 政府采购保证金[N].南方日报,2004-06-03.

20 天内，应按照合同条款的规定，采用招标文件中提供的履约保证金保函格式或招标人可以接受的其他形式向招标人提交履约保证金。履约保函金额为合同总价的10%；如果中标人没有按照规定执行，招标机构和招标人将有充分理由取消该中标决定。在此情况下，招标机构和招标人可将合同授予下一个最低评标价的投标人，或重新招标。

【法理研究】

在实践中，为了确保交易的安全，民事交易中多采用担保方式，以担保债权人的债权实现。在政府采购中，也同样存在交易的信用问题，所以也常常用到担保的方式。问题是，在政府采购中，由于政府采购人的优越地位，常预先约定投标的供应商要交纳政府采购合同的保证金，用来担保采购合同的履约与赔偿。倘若供应商不能如期提供保证金，则不能中标，或在资格审查时就会淘汰出局。这种做法是否合理呢？

根据上述案例的事实，法律上明确规定，履约保证金不得超过政府采购合同金额的百分之十（10%），法律仅仅规定了上限，在实践中，采购人为了最大限度地保证采购合同的顺利履行，往往会在采购合同中约定上限金额，因此，缴纳保证金的缴纳数额较大已成为采购合同中的一项强制性规定。所以，至于履约保证金需缴纳的合理数额应是多少也是实践当中需要加以规范的问题，以减少供应商的履约压力，从而提高供应商的履约积极性。

需要注意的是，在实践中当事人容易将履约保证金与违约金混淆。违约金是合同一方违约时承担责任的一种方式，合同当事人可以在合同成立时预先设定而违约事实发生后据此承担给付违约金的责任，在性质上具有补偿性和惩罚性。

私法关系奉行“法不禁止即为许可”，履约保证金为合同当事人一方为担保合同的履行，而给付另一方当事人一定的金钱以作为债权的担保，是合同履行的一种担保方式，且已在合同中设定，在法律行政法规均没有禁止性规定的情况下，合同当事人自然可以设定履约保证金，以担保合同的履行。

第四十九条 供应商拒签合同

第四十九条 中标或者成交供应商拒绝与采购人签订合同的，采购人可以按照评审报告推荐的中标或者成交候选人名单排序，确定下一候选人为中标或者成交供应商，也可以重新开展政府采购活动。

【条文释义】

本条是针对《政府采购法》第四十六条的补充规定。《政府采购法》第四十六条规定，“采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起 30 日内，按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。

中标、成交通知书对采购人和中标、成交供应商均具有法律效力。中标、成交通知书发出后，采购人改变中标、成交结果的，或者中标、成交供应商放弃中标、成交项目的，应当依法承担法律责任。”第四十六条仅仅规定了中标、成交供应商拒绝与采购人签订合同应当依法承担法律责任，但是并没有对供应商拒绝签订合同的解决办法，本《条例》这一规定就是对其进行的补充。

一、中标、成交通知书的法律效力

招标投标活动可大致分为两个阶段：第一阶段是从招标、投标、开标和评标到发中标通知

书；第二阶段为招标人与中标人订立书面合同。根据学界的一般观点，“招标的法律性质为要约邀请，投标人的投标即发出要约”，“招标人的中标通知书则是对投标人要约的承诺”。《合同法》第二十五条规定：“承诺生效时合同成立。”

因此，以发中标通知书为标志，招标人与中标人之间的预约合同成立且生效，招标人与中标人要受到预约合同的约束。这里所谓约束力指缔约型预约合同成立并生效的约束力。经过法定程序双方缔结预约合同的目的就是缔结本合同，否则缔结预约合同就无意义。因此，中标、成交供应商拒绝签订本合同应当承担违约责任。

二、供应商拒绝签订采购合同的处理程序

以所发生的供应商中标后却又拒绝签约采购案例来分析，供应商中标后拒绝与采购人签订合同的原因主要有：一是中标人认为合同条款中有其不能接受的某些条件；二是中标人认为自己的利润会受到影响；三是中标人担心采购人不能按期付款；四是采购人一味地降低条件无形中助长了中标人不签约的行为。

《政府采购法》第四十六条第二款规定中标、成交通知书发出之后，中标、成交供应商放弃中标、成交结果，应当承担相应的法律责任，但没有规定具体的处理办法。根据《合同法》意思自治的原则，在民事合同中，一方当事人对另一方当事人没有强制其订立和履行合同的权力，因此，法律规定只能要求其承担违约责任，不能强制规定必须签订合同，否则违背契约自由的民法精神，也有违公平原则。

为了保护采购人的合法权益，本条规定赋予采购人对合同对象的选择权，采购人认为竞争充分时可以依次递补，认为竞争不充分时则可重新开展采购活动。如此即在保证公正的前提下提高了政府采购的效率。

1. 依次递补的约束条件

采购人认为剩余中标候选人能够实质上响应招标文件的要求，且具有竞争性时，即可以将其依次递补为中标、成交供应商，但必须按照评审报告推荐的中标、成交候选人名单的顺序，且在推荐的候选人之内，依次递补。这也体现了在满足采购人需求的同时，尚须维护政府采购程序结果的法律严肃性。

2. 重新开展政府采购活动的注意事项

如果采购人认为依次递补同采购人预期目标相差较大或明显对采购人不利，采购人可以重新组织政府采购活动，但是采购人应当认真总结采购失败的原因，包括资质条件、商务和技术条件、评审办法和合同草案等文件的合理性，采取措施后再重新组织政府采购活动。

【案例 5-3】

供应商拒签采购合同为哪般^①

【案情简介】

某市市容环境卫生管理局委托该市政府采购中心公开招标采购一污水处理站，预算价为 210 万元。前来投标的供应商有 A、B、C、D 4 家。最终供应商 C 以最优质的施工技术和服务、最优惠的报价 125 万元取得中标资格。该局根据评标委员会提交的评标报告于次日向供应

^① 宋勇. 供应商拒签采购合同为哪般[J]. 中国政府采购, 2007 (12).

商 C 发出中标通知书。可供应商 C 以打“超低价”优势争得中标资格，若实施采购项目就面临着做“亏本买卖”。于是在中标通知书发出之日起 30 日内拒绝与该局签订采购合同。

【法理研究】

《政府采购法》第四十六条规定，“采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起 30 日内，按照采购文件确定的内容签订政府采购合同。中标、成交通知书对采购人和中标、成交供应商均具有法律效力。……中标、成交供应商放弃中标、成交项目的，应当依法承担法律责任。”因此，上述案例当中的中标供应商 C 在中标通知书发出后 30 日内无正当理由拒绝签订采购合同，应当承担相应的法律责任。

那么，这就会出现一个问题，若是中标供应商拒绝与采购人签订采购合同，是否就意味着此次采购最终归于流标呢？《条例》对此的答案是：针对现在的中标、成交供应商的拒签行为可以有两种处理方式：首先，按照评标报告推荐的中标、成交候选人名单排序，确定下一候选人为中标、成交供应商；其次，重新开展政府采购活动。

这两种方式的主要目的都是为了解决实践中普遍存在的供应商拒签行为，规范处理方式和程序，使有关的采购人有法可依，避免在政府采购实践中有关处理方式出现混乱。

第五十条 政府采购合同须公开

第五十条 采购人应当自政府采购合同签订之日起 2 个工作日内，将政府采购合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告，但政府采购合同中涉及国家秘密、商业秘密的内容除外。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第四十七条的补充规定，在采购合同备案的同时补充了公告程序。《政府采购法》第四十七条规定，“政府采购项目的采购合同自签订之日起 7 个工作日内，采购人应当将合同副本报同级政府采购监督管理部门和有关部门备案。”

一、政府采购合同公开的必要性

《条例》首次提出要公开政府采购合同，这对政府采购的公开透明提出了更高的要求，因此也受到了各方的广泛关注。中国政府采购网“合同公告系统”早已正式上线运行，不少地方的政府采购网站也相继推出政府采购合同公开栏目，政府采购合同首次明明白白地在公众面前“亮相”。中国政府采购网“合同公告系统”中公开的信息除了合同名称及编号、采购项目编号及名称、采购人、供应商、合同金额、合同签订日期等内容，还可以追溯对应项目的采购中标、成交公告，下载合同全文等。业内人士指出，此举使政府采购全过程的各个重要节点基本实现了相互串联，有机衔接，将政府采购全过程的主要信息形成较为完整的公开链条，方便政府采购的社会参与和公众监督。

（一）《预算法》相关条款的落实

新《预算法》要求将政府采购预算编制、决算等相关信息公之于众，不仅包括各个政府采购支出项目预算指标，也包括各个政府采购支出项目的决算数，不仅包括签订的政府采购合同

标底，也包括合同的实际执行数，方能符合全面规范的立法要求。

新《预算法》不仅涉及政府采购资金管理的原则、目的、要求、法律责任，也涉及政府采购预算、决算的编制、审查、批准、监督，以及预算的执行和调整。同时，增设了政府采购透明预算制度、开展政府采购绩效评价，扩大政府采购预决算监督范围，加大了政府采购预决算和执行的监督力度，引入了人大代表具有针对性审议审核审查机制等创新性举措。

新《预算法》第十二条专门列出一款特别规定：“各级、各部门、各单位应当将政府采购执行情况及时向社会公开。”此条款是根据“公开为原则，不公开为例外”的政府信息公开原则，对政府采购信息公开规定进行补充性的强调，彰显了强化政府采购信息公开的重要性，回应了社会对政府采购信息公开度不够的呼声，它与新《预算法》第一条和第八十九条构成了建立政府采购透明制度的法律规制。

（二）强化政府采购结果的管理

提高政府采购信息透明度，是国务院常务会议讨论《条例》时非常关注的问题。国务院法制办、财政部负责人就《条例》的有关问题回答提问时表示，从近年来政府采购领域引发公众广泛关注的案件看，突出问题是质次价高。实践表明，仅仅依靠加强采购程序监督是不够的，还需强化政府采购的源头管理和结果管理，《条例》规定的公示采购合同是加强结果管理的重要措施。

虽然《政府采购法》要求公布政府采购结果，但并未要求公开政府采购合同，公众、未中标或者成交的供应商无法了解政府采购合同的全部内容，无法有效监督政府采购结果。实践中，存在采购人与供应商通过变更合同逃避监管和监督的情况，一些采购人以追加采购合同为名，变相采购其他未经批准的项目，或擅自提高采购标准套取资金。如果不对政府采购合同进行必要的限制，就会导致采购人与供应商串通，从而规避相关方面的监督。《条例》这一规定，大大提高了政府采购信息透明度，强化了公众对政府采购的监督。

二、公告合同的当事人

本条规定政府采购合同公开的责任人是采购人。在政府采购的各种合同之中，由于其涉及面广、种类繁多，有些合同文本极其复杂、篇幅也大，有些合同的页码上千甚至更多，且一些“暗箱操作”的政府采购乱象背后，总离不开某些伸出的“权力之手”，暴露出政府采购全链条中存在的寻租、腐败黑洞。

因此，采购人应当本着实事求是的原则。

（1）确定应当接受社会监督的合同内容。

有的专家表示，增加政府采购透明度，绝不仅仅是《条例》的几款条文就能完全解决的，要贯彻到实际操作过程中，必须有严格的监督，对不按规定公开的单位、机构和具体责任人，要依法进行处罚。同时依靠现代网络信息技术，通过建立统一的采购网络平台，让社会各方面广泛参与和监督，这样才能真正提高政府采购的公开和透明。

（2）确定不能公告涉及国家和商业秘密的内容。

依据2015年7月17日《关于做好政府采购信息公开工作的通知》财库〔2015〕135号的规定，“政府采购合同应当自合同签订之日起2个工作日内公告。批量集中采购项目应当公告框架协议。政府采购合同中涉及国家秘密、商业秘密的部分可以不公告，但其他内容应当公告。”

政府采购合同涉及国家秘密的内容，由采购人依据《保守国家秘密法》等法律制度规定确定。采购合同中涉及商业秘密的内容，由采购人依据《反不正当竞争法》、《最高人民法院关于适用〈中

华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见》（法发〔1992〕22号）等法律制度的规定，与供应商在合同中约定。其中，合同标的名称、规格型号、单价及合同金额等内容不得作为商业秘密。

（3）确定依据民法等相关规定应当保护合同相对人的隐私内容。

合同中涉及个人隐私的姓名、联系方式等内容，除征得权利人同意外，不得对外公告。

三、公告媒体

政府采购合同须要在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告。目前，中央预算单位的政府采购信息应当在财政部指定的媒体上公开，地方预算单位的政府采购信息应当在省级（含计划单列市，下同）财政部门指定的媒体上公开。财政部指定的政府采购信息发布媒体包括中国政府采购网(www.ccgp.gov.cn)、《中国财经报》（《中国政府采购报》）、《中国政府采购杂志》、《中国财政杂志》等。省级财政部门应当将中国政府采购网地方分网作为本地区指定的政府采购信息发布媒体之一。

四、公告政府采购合同的例外规定

本条是公告政府采购合同的除外条款之规定。

1. 公告政府采购合同时国家秘密除外

《国家保守秘密法》第二条规定“国家秘密是指关系国家的安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围内的人员知悉的事项。”

第九条规定“下列涉及国家安全和利益的事项，泄露后可能损害国家在政治、经济、国防、外交等领域的安全和利益的，应当确定为国家秘密：

- （一）国家事务重大决策中的秘密事项；
 - （二）国防建设和武装力量活动中的秘密事项；
 - （三）外交和外事活动中的秘密事项以及对外承担保密义务的秘密事项；
 - （四）国民经济和社会发展中的秘密事项；
 - （五）科学技术中的秘密事项；
 - （六）维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项；
 - （七）经国家保密行政管理部门确定的其他秘密事项。
- 政党的秘密事项中符合前款规定的，属于国家秘密。”

2. 公告政府采购合同时商业秘密除外。

《反不正当竞争法》第十条：“不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中提及：商业秘密主要是指技术秘密、商业情报及信息等，如生产工艺、配方、贸易联系、购销渠道等当事人不愿意公开的工商业秘密。

除了上述两项除外的规定之外，并不意味着政府采购合同的全部内容不能公开，仅仅指的是涉及国家秘密、商业秘密的那部分不公开，应当公开的其他部分依法应当公开。

【案例 5-4】

关于在中国政府采购网公开政府采购招标文件、 采购合同等有关事项的通知^①

【媒体信息】

根据《中华人民共和国政府采购法实施条例》有关规定,采购人或者采购代理机构应当在规定时间内按照要求公开招标文件、竞争性谈判文件、询价通知书以及政府采购合同等。现就有关事项通知如下:

(1) 中央预算单位或者从事中央政府采购业务的采购代理机构,应当通过中国政府采购网(www.ccgp.gov.cn)登录“政府采购管理交易系统”,在公布中标、成交结果的同时,应公开招标文件、竞争性谈判文件、询价通知书等。

(2) 中央预算单位应当自政府采购合同签订之日起 2 个工作日内,通过中国政府采购网“合同公告系统”公开政府采购合同。

(3) 中央预算单位在“合同公告系统”里的用户名为本单位组织机构代码,密码通过财政专网的“政府采购计划管理系统”下发。已经申领中国政府采购网 U-Key 的用户,仍使用 U-Key 登录“合同公告系统”。

(4) 公开的政府采购合同不得涉及国家秘密、商业秘密。如公开的合同内容涉及个人隐私,应当对属于个人隐私的部分内容进行屏蔽,或者征得权利人同意。

联系人及电话:中国政府采购网 4008101996

【专家评论】

政府采购合同公开是引领世界之举^②

看似“一小步”实则“一大步”

2015 年 3 月颁布实施的《中华人民共和国政府采购法实施条例》所取得的立法成果是超预期并具有突破性的,对中国政府采购法治乃至法治政府、法治国家的建设产生了深远影响,这主要得益于其中提出的政府采购合同主动公开制度。

截至目前,仅有英国、澳大利亚、克罗地亚等几个国家确立了采购合同公开制度,而美国在数年前试图确立该制度的一项立法动议被最终搁置。《条例》实施的这项合同透明制度无疑是先进的,这项制度也使中国成为在合同公开制度方面引领世界的一个国家。然而,这项制度的具体实施也面临着巨大挑战。如何通过体制、机制的改革与创新充分释放这项制度的潜在红利是《条例》实施的关键。本文将对政府采购合同公开制发展轨迹进行解读,揭示实施这项制度的意义及面临的挑战。

对上位法的突破之举

政府信息公开是现代法治政府的一项基本法律原则和要求。根据现代法治政府要求及我国有关政府信息公开的法律,行政机关、法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织在履行职责过程中制作或者获取的信息应该公开(《政府信息公开条例》第二条、第三十六条)。这项信息公开的要求还可能被延伸至教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、

① 关于在中国政府采购网公开政府采购招标文件、采购合同等有关事项的通知. 中国政府采购网, <http://www.ccgp.gov.cn>.

② 曹富国. 政府采购合同公开是引领世界之举——看似“一小步”, 实则“一大步”[N]. 中国政府采购报, 2015-06-18.

公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位（第三十七条）。

不仅如此,《政府采购法》第十一条要求政府采购信息发布义务人主动公开政府采购信息。这意味着在我国,无论根据有关政府信息公开的一般法,还是根据有关政府采购信息的专门法,政府采购信息均属于政府信息范畴,因此原则上应予以公开。

尽管政府采购信息公开是一项既定的法律原则,却在实践中不断被打折销售。例如,2004年9月起施行的《政府采购信息公告管理办法》中就对政府采购信息含义与范围做出规定,同时将政府采购信息定义为规范政府采购活动的法律、法规、规章和其他规范性文件,以及反映政府采购活动状况的数据和资料的总称。据此规定,政府采购合同属于这一定义范畴。然而,此项办法对应属公告的政府采购信息范围确定上,却采取了对上位法的限制性解释。办法第八条对应属必须公告的信息进行明确,其中包括有关政府采购的法律、法规、规章和其他规范性文件;省级以上人民政府公布的集中采购目录、政府采购限额标准和公开招标数额标准;政府采购招标业务代理机构名录;招标投标信息,包括公开招标公告、邀请招标资格预审公告、中标公告、成交结果及其更正事项等;财政部门受理政府采购投诉的联系方式及投诉处理决定;财政部门对集中采购机构的考核结果;采购代理机构、供应商不良行为记录名单;法律、法规和规章规定应当公告的其他政府采购信息。显然,政府采购合同文本并不在必须公告的政府采购信息范围。

与此同时,办法第九条明确省级以上财政部门可根据管理需要,增加需要公告的政府采购信息内容。然而,多年来地方政府的实践如何?以专门发布过政府采购信息管理规范性文件的广东省为例,该省于2004年制订实施的《广东省政府采购信息公告管理暂行办法》,其中虽细化并补充了相关法律与部门规章的规定,但并未将政府采购合同作为应公告信息范畴。不难看出,实施这项原则的中央或地方政府制定的规范性文件中,从未将信息公开细致到公布政府采购合同的程度,政府采购法中也只要求采购人向政府采购监管机构备案政府采购合同。

尽管理论上还存在着利害关系人申请公开政府采购合同的可能,但鉴于实践中一般政府信息公开的难度,利害关系人依靠申请获得政府采购合同的难度非常大,申请成功的可能性却很小。再加之,政府采购合同又被视为私法合同,而私法合同的一项原则便是不公开。于是,政府采购合同多年来就像被置于一个黑箱中,这个黑箱不仅可能隐藏刻意的腐败者,而且也会掩盖着糟糕的交易条件与交易结果。黑箱的存在剥夺了市场交易效率得以改善的基础与条件,剥夺了公民对政府问责的机会,甚至削弱了其对法治政府和法治社会的信心。

然而,这一情况在《条例》中得到了划时代的发展。《条例》第五十条规定,采购人应当自政府采购合同签订之日起2个工作日内,将政府采购合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告,但政府采购合同中涉及国家秘密、商业秘密的内容除外。《条例》的这一规定在事实与效果上均具有突破上位法的意义:首先,它首次明确了政府采购信息公开,而且是主动公开的范围,突破了我国实施政府信息公开的规范性文件,以及根据这些规范性文件而不主动公开政府合同的实践的界限;其次,它首次以合同公开的原则,而且是主动公开的原则,突破了私法合同的不公开原则。

新制度带来的“乘法效应”

2002年出台的中国政府采购法确立了以公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则为基础的现代政府采购制度,在中国政府采购制度的发展史上具有里程碑式的意义。可以说,如今中国政府采购制度发展所取得的任何成果,或是制度运行中所暴露出的任何问题,均源于《政府采购法》这把标尺。而《条例》的出台,尤其是其中提出的政府采购合同公开将

为我国政府采购市场带来哪些新气象?

首先,政府合同公开将极大地提升市场交易效率。市场经济得以发挥有效性的一个重要前提是交易信息的自由流动,当出现信息不对称时,市场经济就可能发生运行障碍甚至失灵。《政府采购法》的一个主要功能就是确立以市场机制为基础的交易制度,从而救济政府的无效率。

如今,我国政府采购制度已经通过一定的信息公开达到了提升效率的目的。这些信息公开制度包括有关政府采购交易规则的信息、有关采购预算和标准的信息、有关采购项目的信息及有关交易结果的信息的公开等。然而,由于政府采购制度本身的不完善,使得政府采购市场效率并未充分释放,甚至容易出现无效率甚至反效率的情况。比如,基于政府采购人的原因,政府供应商可能不得不面临无数个交易市场,这将极大地增加政府供应商的交易成本,并使其面临的市场具有很大的不确定性。

合同公开意味着使供应商能获得以往类似交易的信息,尤其是其竞争对手的以往交易信息,从而更好地对市场竞争进行判断并做出更加科学的决策。同时,市场信息透明将极大促进供应商对参与政府采购市场的信心,供应商获得的效率收益还可能因政府采购行为的改善而得以增加。此外,由于合同公开压力的存在,可以预计政府合同将普遍得到改善。从理论上讲,同类型的政府采购合同条件将出现趋同趋势。不仅会给政府本身带来效率的增加,还会促进一个统一、趋好的交易市场的出现。

合同公开所带来的供应商效率增加,对政府市场的新进入者与中小企业而言更为重要。对于以非招标方式进行的采购项目而言,供应商从合同公开中所获得的效率增加亦会更加明显。尤其能极大地抑制供应商基于信息不对称所存在的盘剥政府的机会主义行为,这对于采购专长不足的大量中小型政府采购机构而言更是如此。合同公开使存在机会主义的厂商不得不放弃其“各个击破”的差异化市场战略,对于非标准化采购项目而言,这种效果可能更加明显。同时,合同公开还会督促政府采购人提升效率,增加效果也会十分明显,促进政府交易行为最佳实践的形成。

其次,政府合同公开也为政府采购监管制度的创新提供一个更好的契机,使得重程序、轻结果的监管政策有机会得以根本转型。严审批和重程序的传统监管制度会导致采购人风险规避行为,而合同公开降低了这种监管政策的必要性,因为采购结果的好坏不仅有交易数据的历史比较,也有同行交易数据的横向比较,更有竞争供应商与市民社会的监督存在。由此,以采购结果为导向、以采购价值增加为中心的中国政府采购制度的转型甚至重塑便在真正意义上有了基础与可能。由此,财政部所提出的“着力构建有利于结果导向的政府采购管理体制机制,着力推进放管结合的政府采购监管模式”目标才有了更好的实现基础。

再者,政府合同公开为公民和市民社会参与政府采购提供了重要基础,使他们有更多机会研究并监督政府行为,问责政府采购的不当举措。公民和市民社会不仅是一般意义上责任政府的重要利益相关者,更是政府采购提供公共服务最直接的受益者。《条例》已明确将政府向社会公众提供的公共服务纳入政府采购法的适用范围,并要求政府向社会公众提供的公共服务项目,应当就确定采购需求征求社会公众的意见。政府合同公开制度将为公民和市民社会的参与监督提供基础与条件。

最后,也许是更为重要的是,政府采购合同公开制度对建设现代法治政府和法治社会具有重要意义。合同公开制度出台本身就异乎寻常地体现了执政党和本届政府以法律手段治理政府采购问题与建设现代法治政府的强烈意愿和坚定决心。这项制度也将为政府在其他方面信息公开提供一个示范,确立了一个新的标杆,从而促进政府信息公开法下的其他信息加大公开力度。

政府采购合同公开制度既然已经在法律上得以确立，人们也会按照此种法律逻辑继续进行追问，如招标投标法下的合同是否能够公开？政府统一作为合同一方当事人的其他合同是否也能公开？是否能打破政府进行其他公共资源交易合同（如矿产资源合同，国有企业产权交易合同）的“黑箱”？由此可见，政府采购合同公开对现代法治政府和法治社会的重要意义，无论如何强调都不为过。

机遇与挑战并存

然而，对政府采购合同公开的实施也面临诸多挑战，其中之一便是如何确定政府采购合同公开的边界。

同样值得考虑的是，确立一项世界领先的制度是一回事，如何通过体制、机制的改革与创新来充分释放这项制度的潜在红利是另一回事。就此而言，确立政府采购合同公开的法律原则无疑是极为重要的一步，但它仍然只是第一步。中国显然缺乏此领域的本土经验，因此，采购人除了在违反合同公开原则或侵害商业和国家安全利益的边界上忐忑不安地游走之外，借鉴已经实行了这项制度的各国家经验，或许会为这项制度的有效实施提供见解。

就此而言，笔者认为建立全国统一的政府采购合同电子编码系统，并为每一个政府采购合同确立一个电子身份就是一项非常有价值的措施，这将使每项公开的政府采购合同能轻易得到追踪，同时，设立集中的政府采购合同登记（机构）制度也将会极大地提高政府采购合同公开的有效性和效率。

第五十一条 采购资金支付

第五十一条 采购人应当按照政府采购合同规定，及时向中标或者成交供应商支付采购资金。政府采购项目资金支付程序，按照国家有关财政资金支付管理的规定执行。

【条文释义】

在政府采购合同中财政支付是采购程序的重要环节，《政府采购法》没有规定支付条款，《条例》对此做了新的补充规定。

一、采购人及时支付采购资金是其基本合同义务

在实践中，往往会存在采购人拖欠供应商较大数额的采购资金，以致严重影响采购合同顺利履行的情况。这样做不仅仅打击了供应商履约的积极性，同时还会造成严重的社会问题，例如，拖欠工人工资等，进而影响社会经济发展和社会的稳定。

根据《合同法》第六十条的规定“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”第一百五十九条的规定“买受人应当按照约定的数额支付价款。”采购人应当按照采购合同约定的资金支付条款，及时、全面的履行支付义务，这不仅可以提高政府的权威形象，也有利于供应商及时获得资金，进而保证采购合同的顺利履行。

采购人要按照政府采购合同约定的支付方式、支付时间，及时支付政府采购资金。属于国库集中支付的项目，按照本级财政部门规定，向财政部门提交支付申请、验收报告等资料，办理资金支付手续。采购人不得无故拖延支付合同资金，更不得刁难中标（成交）供应商。年终无故未按合同约定及时办理的资金，财政部门不予结转。本条款专门强调采购人应当及时支付采购资金，是很有必要的。

二、资金支付程序

政府采购项目资金支付程序，按照国家有关的财政资金支付管理的规定执行。

（一）国库集中支付是市场经济国家普遍采用的管理方式

在财政资金的支付管理上，国库集中支付作为目前通用的政府采购资金运作方式，其具有资金流转链条短、支付简洁、效率高等特点，这也是被得到广泛应用的重要原因。国库集中支付能够有效地解决财政资金多环节拨付、多头管理、多户头存放的弊端，有效地防止了对财政资金的挤占、挪用和截流，提高了财政资金的使用效益。

国库集中支付包括财政直接支付和财政授权支付两种方式。财政直接支付是由财政部门开具支付令，通过国库单一账户体系，直接将财政资金支付到收款人或者用款单位账户。财政授权支付是预算单位根据财政授权，自行开具支付令，通过国库单一账户体系将资金支付到收款人账户。

政府采购工作的实践证明，政府采购资金支付是政府采购实施的关键环节，推动政府采购必须首先规范采购资金管理。解决这一问题最根本的就是要把政府采购资金集中支付与财政国库集中支付有机结合，使账户单一化。

（二）目前通行的政府采购资金运作的主要方式

（1）分散式。

政府采购资金仍按原渠道由各部门、各单位分散支付，政府采购资金混为其他资金一道由财政拨给单位，各单位在政府采购管理机构的监督下，按公开的程序招标、竞标，采购资金由单位支付给供应商。

（2）分离式。

政府采购中心开设独立的银行账户，将政府采购资金区分为预算资金和其他资金两大块。预算资金由总预算根据采购合同从国库存款账户直接付给供应商，该项支出从单位支出中分离出来并由总会计直接列支，单位不再作任何账务处理。其他资金则由采购中心付给供应商，结余资金退给单位。单位对于资金划转、结算均作往来业务处理，凭支出发票列支。

（3）中转式。

政府采购机构在银行设立账户，单位将采购资金划入政府采购机构账户。采购机构再按合同将资金从采购机构账户支付给供应商。最后，政府采购机构将采购结余资金划转单位账户。这是目前被广泛采用的一种资金管理方式，其优点主要是政府采购机构统一控制资金，有利于政府采购工作正常开展。

（三）政府采购项目资金支付程序予以相应规定的必要性

（1）提高政府采购资金的使用效益。

资金支付具有规范的程序化，不仅有利于政府采购工作的顺利进行，而且有利于节约有限的财政资金，实现资金最大化的使用，降低采购成本，争取做到“用小钱办大事”。

（2）规范政府采购工作防止腐败。

资金支付具有规范的程序化，有助于规范政府采购工作，提高政府采购工作质量，堵塞腐败资金漏洞。

安×宾馆与安阳市宏×电器有限责任公司 买卖合同纠纷上诉案^①

【案情简介】

原审法院查明的事实：安×宾馆在建设安×宾馆大酒店工程施工期间(施工方为省二建下属分公司)，就配电箱项目，经安阳市人民政府采购管理办公室招投标，与宏×公司在 2001 年 7 月 6 日至 2002 年 3 月 29 日间先后签订了 5 份“工矿产品购销合同”，约定由宏×公司为工程提供并安装配电箱。省二建下属分公司也参与了合同的签订。

2001 年 8 月 26 日至 2002 年 8 月 5 日间，三方依照合同第六条约定分别对 5 批配电箱数量及安装进行了两次验收，因验收合格，即为宏×公司办理了资金支付手续，据此，安阳市人民政府采购管理办公室先后向宏×公司支付了 5 份合同总金额 438 529 元的 90%。2002 年 8 月 15 日，该办公室给宏×公司出具了“质量保证金扣收证明”，载明：“根据政府采购招标文件和政府采购合同规定，对下列单位和项目，在结算货款时须扣除一定的质量保证金，在质保期满后凭采购单位的质保证明退还。具体情况如下：采购单位：安×宾馆。采购项目：配电箱。中标单位：安阳市宏×成套电器有限责任公司。合同总金额：438 529 元(5 份合同数)。质量保证金比例：合同金额的 10%。质保金数额：43 853 元。质保期限：2002 年 8 月 5 日至 2003 年 8 月 5 日。”

质保期届满后，宏×公司要求安×宾馆及省二建下属分公司办理退还 43 853 元质保金手续，省二建下属分公司没有异议，安×宾馆以宏×公司未在客房箱中安装过压、欠压保护设备违约为由，拒绝办理。查明，双方在 2001 年 7 月 6 日签订的第一份合同中约定：客房配电箱“设过压、欠压漏电保护”。而宏×公司确实未在客房配电箱中安装过压、欠压保护设备。

原审法院认为，上述事实当事人均予认可，并有工矿产品购销合同 5 份，质量保证金扣收证明一份，招标文件一份，投标标书一份，安阳市市直政府采购验收报告 10 份为证，予以确认。依法成立的合同，受法律保护，并对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务。《中华人民共和国合同法》第六十七条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”

本案中，宏×公司未在客房箱中安装过压、欠压保护设备，称系因双方在事前已达成口头约定，虽无证据可以证实，但根据 10 份验收报告单，安×宾馆及省二建下属分公司均签署了肯定的意见，可以确定，安×宾馆及省二建下属分公司当时对未安装过压、欠压设备是认可的，并办理了支付资金手续。在这种情况下，应认为双方对客房箱的安装达成了变更的一致。未安装过压、欠压保护设备，不构成违约。不符合《合同法》第六十七条规定的情形。另外，根据双方合同约定，扣留的 10%，系质量保证金，在无质量问题的情况下，质保期满即应退还，安×宾馆不能以质量问题以外的理由拒绝办理资金支付手续。综上，宏×公司的行为不构成违约，安×宾馆的抗辩理由不成立。本案中，省二建并未拒绝办理资金支付手续，但在原手续作废需重新办理的时候，仍需省二建予以协助，故此，本院一并要求省二建为双方办理资金支付手续。

^① 河南省新乡市中级人民法院，新中民二终字第 448 号，裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

【审理剖析】

法院认为：2001 年宏×公司与安×宾馆在配电箱项目政府采购价中标，双方签订的 5 份总价为 438529 元的合同及与省二建第一项目部签订的工矿产品购销合同，均是当事人真实意思表示，属有效合同。宏×公司未在客房箱中安装过压、欠压保护设备，其称双方有不再安装的口头约定。虽然安×宾馆对此约定否认，但因其已对工程进行验收时，对在明处安装的过压、欠压保护设备，未安装是明知的，但其未提出异议，并同意其通过验收合格，应视为双方对客房箱的安装已经默认。根据双方合同约定，扣留的10%，系质量保证金，在无质量问题的情况下，质保期满即应退还，安×宾馆不能以质量问题以外的理由拒绝办理资金支付手续。

【法理研究】

《条例》规定了采购人应当按照采购合同约定内容及时向中标、成交供应商支付采购资金。这既是采购人的一项法定义务，也是一项约定义务，不仅能够保障中标、成交供应商的合法权益、保证采购合同的顺利履行，同时也能树立诚信政府的形象。

在本案当中，宏×公司未在客房箱中安装过压、欠压保护设备，其称双方有不再安装的口头约定。虽然安×宾馆对此约定否认，但因其已对工程进行验收时，对在明处安装的过压、欠压保护设备，未安装是明知的，但其未提出异议，并同意其通过验收合格，应视为双方对客房箱的安装已经默认。因此，安×宾馆不能以质量问题以外的理由拒绝办理资金支付手续。

参 考 文 献

1. 论文

- [1] 何童.示范合同文本和标准合同文本的作用[J]. 中国石化, 2006(10).
- [2] 肖北庚.论政府采购合同的法律性质[J]. 当代法学, 2005(04).
- [3] 崔建才. 采购合同究竟应有哪些“必备条款”[J]. 中国政府采购, 2003(12).
- [4] 陈川生, 王倩, 李显冬. 关于中标通知书法律效力的研究——预约合同的成立和生效[J]. 中国招标, 2011(08).
- [5] 牛丽华, 白凤霞. 国库集中支付改革中存在的问题及对策[J]. 中国城市经济, 2011(30).
- [6] 陈玉璋, 刘饶. 浅谈政府采购资金支付存在问题及其对策[J]. 中国政府采购, 2013(09).

2. 网站

- [1] 韦光盛, 李慈文. 履约保证金不能抵作违约金. 中国法院网, <http://www.chinacourt.org>.
- [2] 政府采购保证金. 搜狐新闻, <http://news.sohu.com/>, 2004-06-03.
- [3] 供应商中标后拒绝签约的原因及对策. 中国政府采购网, <http://www.scbid.com>, 2010-06-24.
- [4] 新预算法即将实施对政府采购产生哪些影响. 中国教育装备网, <http://www.ceiea.com>, 2014-12-20.

3. 报纸

- [1] 何红锋. 采购合同公开体现里程碑式进步[N]. 中国政府采购报, 2015-03-02.
- [2] 谷辽海. 政府采购合同违约责任该如何界定[N]. 中国经济时报, 2005-12-06.
- [3] 罗瞻. 投标“诚信保证金”最直接的目的是对诚信履约进行监督管理[N]. 政府采购信息报, 2010-05-06.
- [4] 张静远. 追踪政府采购合同公开“先行者”足迹[N]. 中国政府采购报, 2015-05-11.
- [5] 金亚绒, 余姚. 规范补充政府采购合同变更行为[N]. 政府采购信息报, 2013-9-12.

第六章 质疑与投诉

第五十二条 询问和质疑答复

第五十二条 采购人或者采购代理机构应当在 3 个工作日内对供应商依法提出的询问做出答复。

供应商提出的询问或者质疑超出采购人对采购代理机构委托授权范围的，采购代理机构应当告知供应商向采购人提出。

政府采购评审专家应当配合采购人或者采购代理机构答复供应商的询问和质疑。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第五十一条询问答复时间以及质疑程序的补充规定。《政府采购法》第五十一条规定，“供应商对政府采购活动事项有疑问的，可以向采购人提出询问，采购人应当及时做出答复，但答复的内容不得涉及商业秘密。”

一、询问程序

正因为采购人是政府采购重要的当事人，是政府采购活动的发起方，没有采购人的采购需求，就不会发生政府采购活动。为了保护采购人的合法权益，法律法规赋予了采购人特定的权利和义务。

供应商针对政府采购活动的相关事宜认为需要向采购人询问的，采购人应当及时答复，询问是供应商的权利，及时答复是采购人的义务。询问和答复构成采购双方信息沟通的法定渠道。

法律规定采购人或者采购代理机构应当“及时”做出答复。“及时”是一个模糊时间概念，《条例》对此如不做规定，执行中难免产生歧义。本条对“及时”做出明确规定：应当是 3 个工作日之内。

二、答复询问、质疑的责任主体

根据《政府采购法》第五十一条到第五十四条，答复询问、质疑的主体是采购人或者采购代理机构。考虑到采购代理机构在实际的采购过程中，能够对采购的事项、内容做到及时准确地掌握，因此，这在一定程度上减轻了采购人的负担和麻烦，提高了工作效率。

三、超出授权范围的询问或质疑

供应商提出询问和质疑必须在采购代理机构被授权的范围内。《民法通则》第六十三条规定，“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。”第六十四条规定，“代理包括委托代理、法定代理和指定代理。委托代理人按照被代理人的委托行使代理权，法定代理人依照法律的规定行使代理权，指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。”其中委托代理是一种最常见、最广泛适用的代理形式，受托人与委托人签订委托合同、委托人做出委托授权行为是其产生的前提。最重要的一点是，代理人必须在委托的权限范围（代理权限范围）内实施代理行为，只有在此范围内进行的民事活动，才能被视为被代理人的行为，被

代理人对代理行为的法律后果才承担民事责任。因此,从法律意义上说,采购代理机构和采购人之间是一种委托代理的关系。

在采购活动中,采购代理机构为代理人,采购人为被代理人,采购代理机构只能在被代理人授权范围内从事代理工作,超出被代理人授权范围内的,代理机构无权替被代理人做出决定和答复。代理机构对供应商提出的超过其代理权限的问题应当告知其向采购人提出,这里的告知也是法定的义务。

四、评审专家有配合答复询问、质疑的义务

合格的政府采购评审专家是一个领域的专业人才,是通晓本专业的内行,而不是所谓的通才,即“万金油”。专业人才是在某一个专业领域具有较多的专业知识、较熟练的专业技能的人才。一个优秀的政府采购评审专家,其学识水平应该处于本专业前沿,对本专业的发展有较强的前瞻性,对专业的现状知根知底。因此,评审专家在某一方面有专业的技能和全面的知识,参与招标评审工作的全过程,能够准确地掌握评审信息,了解评审过程,知悉评审结果。因此,评审专家有配合有关采购人、采购代理机构答复询问、质疑的义务。

《政府采购评审专家管理办法》第十六条规定:“评审专家在政府采购活动中承担以下义务:

- (一) 为政府采购工作提供真实、可靠的评审意见;
- (二) 严格遵守政府采购评审工作纪律,不得向外界泄露评审情况(不包括本条第四款内容);
- (三) 发现供应商在政府采购活动中有不正当竞争或恶意串通等违规行为,应及时向政府采购评审工作的组织者或财政部门报告并加以制止;
- (四) 解答有关方面对政府采购评审工作中有关问题的咨询或质疑;
- (五) 法律、法规和规章规定的其他义务。”

当采购人和采购代理机构需要评审专家配合答复询问、质疑的时候,评审专家应该予以配合,这是评审专家一项法定的义务。有利于提高答复的有效性、科学性、合理性和可接受性,达到和平化解纠纷矛盾的目的。

【案例 6-1】

广州市东×技术有限公司与重庆市酉×县财政局其他案^①

【案情简介】

一审法院审理查明,2013 年 6 月,酉×土家族苗族自治县公共资源交易中心(以下简称“酉×县交易中心”)受该县县政府采购办委托,编制《酉×县桃花源旅游投资(集团)有限公司桃源大舞台声光多媒体集成系统设备采购项目招标文件》,对采购项目拟进行公开招标。后该中心在重庆市政府采购网、酉×土家族苗族自治县公共资源交易网上发布了招标文件及招标文件补遗公告,并在重庆市政府采购专家库中随机抽取了 5 名专家与酉×县桃花源旅游投资(集团)有限公司推荐的 2 名业主代表组成了评标委员会。

2013 年 8 月 30 日上午,该项目开标,投标人达到 3 家以上(共 8 家投标人),符合法定开标条件。评标委员会经资格性审查、符合性审查,认定重庆聚×影视舞台设备有限公司不符合招标文件要求,做资格性检查不合格处理,其余投标人经综合比较评审,第三人重庆汇×公司排名第一,按照招标文件要求明确为第一中标候选人。

^① 重庆市第四中级人民法院,渝四中法行终字第 4 号,裁判文书分享平台, <http://www.caseshare.cn>。

2013年9月5日,原告广州东×公司向酉×县交易中心提交《政府采购质疑书》,认为重庆汇×公司的投标文件并不符合招标要求,请求对第三人的投标文件,特别是技术参数进行核查。2013年9月17日,评标委员会对第三人进行了复核,意见为部分参数需要核实。经酉×县交易中心调查,并向评标委员会提交核查材料,2013年10月22日,评标委员会复核后做出维持原评标结论的意见。

2013年11月18日,博×(上海)安保系统有限公司(第三人系该公司音响代理商)出具说明,对其官方资料和重庆汇×公司提供的投标文件不一致处、两种不同印章的问题做出了澄清,明确了第三人的投标文件符合招标文件要求。2013年11月30日,评标委员会经重新评定,维持原评标结果。

2013年12月6日,酉×县交易中心做出《政府采购质疑答复》。2013年12月10日,原告对该答复不服,向被告酉×县财政局投诉。2013年12月18日,被告向酉×县交易中心送达《暂停政府采购活动通知书》,暂停了桃源大舞台声光多媒体集成系统设备采购项目中标通知书的发放。

2013年12月23日,酉×县交易中心向该县县政府采购办提交了《关于酉×县桃花源旅游投资(集团)有限公司桃源大舞台声光多媒体集成系统设备采购项目招标情况的说明》。2013年12月31日,被告向酉×县交易中心送达《恢复政府采购活动通知书》,要求该单位“即日起继续酉×县桃源大舞台声光多媒体集成系统设备采购项目的采购活动”。2014年1月10日,被告做出(2014)001号《酉×县财政局政府采购投诉处理决定书》,驳回了原告的投诉。

原告不服,向重庆市财政局申请复议,该局于2014年6月23日做出渝财复议(2014)3号《行政复议决定书》,维持了原处理决定,原告于2014年7月7日收到该《行政复议决定书》。桃源大舞台声光多媒体集成系统设备采购项目采购活动已经实施完毕,并已交付使用。

【法理研究】

在本案当中,原告广州东×公司在法定的时间内向西×县交易中心提交《政府采购质疑书》,请求对第三人的投标文件,特别是技术参数进行核查,经酉×县交易中心调查,并向评标委员会提交了核查材料之后,评标委员会复核后做出维持原评标结论的意见,酉×县交易中心随后做出了《政府采购质疑答复》。

供应商针对采购活动中有疑问的事项,有向采购人提出询问、质疑的权利,且采购人有及时做出答复的义务。本《条例》对此还进行了补充规定,增加了答复主体,除了采购人,还包括采购代理机构;明确了询问答复的时间期限——3个工作日内,这里需注意的是此期限仅指的是在工作日;还增加了政府采购评审专家的配合答复义务。评审专家毕竟比采购人、采购代理机构更加了解此项目的专业知识、专业背景,因此,让评审专家参与到答复过程之中是很有必要的,可以保证答复的专业性、权威性,使供应商能够欣然接受。

在本案当中,该评标委员会就对此质疑事项进行复核,采购机构酉×县交易中心在此基础上对此质疑事项做出答复,因此,该评标委员会发挥了其配合答复的义务。

第五十三条 质疑时效期间的起算

第五十三条: 政府采购法第五十二条规定的供应商应知其权益受到损害之日,是指:

(一)对可以质疑的采购文件提出质疑的,为收到采购文件之日或者采购文件公告期限届

满之日；

（二）对采购过程提出质疑的，为各采购程序环节结束之日；

（三）对中标或者成交结果提出质疑的，为中标或者成交结果公告期限届满之日。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第五十二条书面提出质疑的法定起算时间的补充规定。补充的时间规定分别针对采购文件、采购过程和采购结果。《政府采购法》第五十二条规定“供应商认为采购文件、采购过程和中标、成交结果使自己的权益受到损害的，可以在知道或者应知其权益受到损害之日起7个工作日内，以书面形式向采购人提出质疑。”

一、设定质疑期限限制的必要性

《政府采购法》为什么要对质疑时限做上述规定呢？“政府采购活动是一个连续不断的过程，供应商如果认为采购文件、采购过程和中标、成交结果使自己的权益受到损害，就应当及时提出质疑。否则，就可能给采购过程的连续性带来不利影响。”对此，在由财政部原部长项怀诚任顾问、原副部长肖捷主编的《政府采购法辅导读本》中这样阐述，第五十二条的立法目的是：“供应商对政府采购活动事项可以提出质疑，是体现供应商知情权和监督权的一项重要规定。为了充分保障供应商正确行使这项权利，同时也防止供应商不适当地使用质疑的权利，对供应商提出质疑的条件和范围、时限和形式，需要做出明确的规定。”

政府采购活动是一个连续不断的过程，供应商若是认为采购文件、采购过程和中标、成交结果侵犯了自身的合法权益，应当在法定的期限内及时向采购人、采购代理机构提出质疑，采购人、采购代理机构也需要在法定的期限内书面通知答复内容，但涉及商业秘密的除外。这样做能够及时的纠正可能存在的错误，遏制经济损失的扩大，维护供应商的合法权益。

二、对政府采购提出质疑的时间

对政府采购提出质疑的事项及时间起始点如下表所示。

事 项	时间起始点
提出质疑的事项	供应商应知其权益受到损害之日
可以质疑的采购文件	为收到采购文件之日 或者采购文件公告期限届满之日
采购过程	各采购程序环节结束之日
对中标或者成交结果	为中标或者成交结果公告期限届满之日

（一）关于可以质疑的政府采购文件

制作采购文件的过程涉及对采购需求的论证、采购文件的编写以及协助采购人解决供应商针对采购文件的质疑等方面。其中处理对采购文件的质疑是工作中的重点。法条限定了“可以提出质疑的采购文件”，这意味着，并不是所有的采购文件都应提出质疑。根据《政府采购法》第四十二条第二款的规定“采购文件包括采购活动记录、采购预算、招标文件、投标文件、评审标准、评估报告、定标文件、合同文本、验收证明、质疑答复、投诉处理决定及其他有关文件、资料。”其中的采购活动记录、定标文件、质疑答复和投诉处理决定、验收证明、投标文件和评估报告等一般属于不可置疑的文件，其中的评标标准、合同文本等属于可质疑的文件。

（二）关于采购文件的公告期

《政府采购法》和《条例》对采购文件公告期限没有明确的规定，财政部《关于做好政府采购信息公开工作的通知》规定：“中标、成交结果应当自中标、成交供应商确定之日起2个工作日内公告，公告期限为1个工作日；招标文件、竞争性谈判文件、竞争性磋商文件和询价通知书应当随中标、成交结果同时公告。中标、成交结果公告前采购文件已公告的，不再重复公告。”

三、关于质疑期间的计算问题

关于质疑期间的计算，本条款并没有具体的规定，因此在实践中普遍存在着一些矛盾问题。我国的《民法通则》《民事诉讼法》《刑事诉讼法》等法律法规中，有关于期间计算的相关规定，可以借鉴适用。

期间的计算主要注意三点：第一，期间以日计算，但当日不计算在期间内；第二，期间届满的最后一天若遇节假日，自动延续，以节假日后的第一天为期间届满的日期；第三，期间不包括在途时间，诉讼文书在期满前已经交邮的，不算过期。因此，在实践中，有关质疑期间的计算可以参考相关规定执行。

财政部《关于进一步规范政府采购评审工作有关问题的通知》（69号文）第4条规定“参与政府采购活动的供应商对评审过程或者结果提出质疑的，采购人或采购代理机构可以组织原评审委员会协助处理质疑事项，并依据评审委员会出具的意见进行答复。质疑答复导致中标或成交结果改变的，采购人或采购代理机构应当将相关情况报财政部门备案。”

【案例6-2】

供应商以邮寄的方式递送质疑函的时间起算^①

【案情简介】

某采购项目于2014年6月10日（星期二）10:00开标，当天上午开标结束，如果有供应商对开标过程提出质疑，则质疑时效期间应当是从6月11日（星期三）至6月19日（星期四）的7个工作日。假如供应商是以邮寄的方式递送质疑函，采购人或采购代理机构于6月21日才收到，只要有邮戳等能证明供应商的质疑函是在6月19日以前（含6月19日）发出的依据，采购人或采购代理机构依法仍然应当受理。

【法理研究】

在公共采购活动中，政府采购当事人的法律地位虽然是完全平等的，但在具体的采购过程中，采购主体往往享有一种准司法行政权，对采购程序中的许多事项享有完全自由的裁量权，比如：审查确定供应商资格的权力、选择和确定采购方式的权力、选择和确定采购程序的权力、选择和确定评标专家的权力、选择和确定评标方法和过程的权力、选择和确定中标供应商的权力等，这些自由裁量权是任何供应商所不具有的。基于此，实施政府采购制度的国家和地区普遍认为，公共采购活动中的供应商是弱势群体，国际上的政府采购立法在救济程序方面都非常重视对广大供应商的合法权益给予倾斜保护。

^① 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著. 中华人民共和国政府采购法实施条例释义[M]. 北京：中国财政经济出版社，2015年第1版。

《政府采购法》第五十二、第五十五条赋予了供应商有向采购人、采购代理机构以书面形式提出质疑的权利,且规定了提出质疑的时间起算点——知道或者应当知道其权益受到损害之日起和提出质疑的范围——采购文件、采购过程和中标、成交结果。所谓的知道或者应当知道,就是供应商以一个正常理性人的思维方式认为自身的权益受到了损害,就可以向采购人、采购代理机构以合法的方式提出质疑。

《条例》具体对提出质疑的起算点做出了细致的规定,具体规定了三种起算的情形,在实践中更加有利于供应商准确的计算自己提交书面质疑的时间,也有利于采购人、采购代理机构审查供应商提交的书面质疑是否在合理的时间内,从而决定是否做出书面质疑答复,因此,此规定在实践中具有很强的应用价值和空间,克服了实践中存在的供应商提交书面质疑时间起算的混乱情形,有助于提高采购人、采购代理机构的工作效率,使供应商的合法权益得到有效的保护。

第五十四条 暂停签订或暂停履行合同

第五十四条 询问或者质疑事项可能影响中标、成交结果的,采购人应当暂停签订合同,已经签订合同的,应当中止履行合同。

【条文释义】

本条是《条例》新增内容,进一步对供应商提出询问、质疑之后,采购合同如何处理做出了相关的规定。

一、暂停签订或中止履行合同

本条规定,供应商提出的询问、质疑事项,可能影响中标、成交结果的,采购人应当暂停签订合同,已经签订合同的,应当中止履行合同。这里的“可能”是指,只要有影响中标、成交结果的因素,就应该适用该款规定;尚未签订合同的,应当暂停签订;已经签订合同的,应当中止履行。中止履行的合同,在影响合同履行的因素消除之后,合同可以继续履行,并不是终止或者重新履行。

中止履行合同的适用情形,需要根据违约分类来确定。根据违约事实是否发生,我们通常把违约分成实际违约和预期违约两种。实际违约是指当事人违约事实已经发生的违约情形,即在合同规定履行期限内,合同当事人没有履行合同从而构成违约,实际违约下受损方有权采取相应补救措施,如损害赔偿、要求实际履行甚至解除合同等。中止履行合同,只适用于违约事实还没有真正发生的情况下,是指在合同规定履行期限前,某些情况已经显示出一方当事人在合同规定期限内将很可能不能履行他的大部分重要合同义务,即在预期违约情况之下。

二、暂停签订或中止履行合同规定的必要性

询问、质疑制度的根本目的在于保障供应商在参与政府采购活动中的合法权益不受非法侵害。政府采购活动具有很强的时效性、程序性和不可逆性。供应商从发现问题到提出询问、质疑需要一定的时间,采购人、采购代理机构答复询问、质疑也需要一定的时间。因此,采购人在供应商提出的询问、质疑事项可能影响中标、成交结果时,应当暂停签订合同,已经签订合同的,应当中止履行,能够保证给提出询问、质疑事项的供应商以平等的商业机会和提供实质性的救济手段。

三、暂停签订合同、中止履行合同的义务主体是采购人

应当指出的是,本条规定暂停签订合同、中止履行合同的义务的主体是采购人,是采购人依法采取的救济措施。其中的询问和质疑事项可能属于信息沟通不够的原因而导致的对文件或程序的歧义,也不一定有是非之分;当然也不排除有违法行为的嫌疑。因此采购人采取的暂停、中止行为,有利于问题的解决,减少了行政执法成本,提高了政府采购效率。

【案例 6-3】

重庆诣×科技有限公司与重庆市巴×区财政局等 财政其他行政行为上诉案^①

【案情简介】

一审法院认定如下事实:2013年10月25日,重庆市大×中学校(以下简称“大×中学”)委托重庆市巴×区政府采购中心(以下简称“采购中心”)发布编号为CQBN2013282号《重庆市巴×区政府采购询价文书》,诣×科技公司报名参加了询价,并提交了《询价文件》,最终成为了该项目的成交候选供应商,采购中心于同年11月13日予以了公示。当月20日,诣×科技公司与采购人大×中学签订了《巴×区政府货物采购购销合同》,约定由诣×科技公司向采购人提供惠普450型号的笔记本电脑110台,交货时间为15个工作日,即在次月9日前交货。

交货日到期时,诣×科技公司只送去了5台笔记本电脑,并告知大×中学,因该型号电脑已停产,无法凑够110台合同标的电脑,要求用另一型号同等配置机型代替450型。同月11日,大×中学致函诣×科技公司,要求其履行原供货合同,并在当月16日前按期交付惠普450笔记本电脑110台,如该型号已停产,则需在交货前提交惠普厂家出具的该型号电脑已停产的书面证明原件,否则视为其不能履行供货合同,并要求其承担不能按时供货所造成的损失。

16日,诣×科技公司以提交停产证明所需时间不够为由,向大×中学和采购中心分别提交了延期申请,但一直未收到书面回复,也未向采购人交货。

18日,采购人大×中学书面通知采购中心,因供应商诣×科技公司在合同约定的交货时间内未能交货,不能履行合同,决定对该项目进行复审,重新确定成交供应商。原询价小组对此进行复审后,于当月19日做出了复审意见,即诣×科技公司未能按要求履行合同,取消其成交资格,原签署合同终止,重新确定排在诣×科技公司之后第一位的供应商为该项目的成交供应商,出具了《重庆市巴×区政府采购复审报告书》,采购中心于当日即将复审意见以《(终)成交结果公告282号文件》予以了公示。

同月26日,大×中学以《关于解除货物采购购销合同告知函》告知诣×科技公司,因其未在规定时间内送货,经催告在合理期限内仍未履行,经采购中心同意,正式通知其解除双方于2013年11月20日签订的《巴×区政府货物采购购销合同》。

诣×科技公司认为其要求协商更换供货型号的行为,并非不能履行合同,而采购人及采购中心以此为由,取消其成交供应商资格并予以了公示的行为,侵犯了其合法权益,于次日即向大×中学及采购中心提交了《政府采购质疑书》,2014年1月7日,大×中学对诣×科技公司

^① 重庆市第五中级人民法院,渝王中法行终字第286号。裁判文书分享平台, <http://www.caseshare.cn>。

的质疑予以了答复,采购中心于1月8日做出了答复,但诣×科技公司表示未收到采购中心的答复。并以此为由,于同月17日向巴×财政局提交了《政府采购投诉书》,请求裁定采购中心停止侵权行为,终止《(终)成交结果公告282号文件》法律效力,恢复合同履行状态,变更标的物的型号,配合投诉人继续履行合同。

巴×财政局立案审查后,于2月28日做出了《关于重庆诣×科技有限公司政府采购投诉处理决定书》[巴财采投(2014)1号],认为该次询价采购活动符合相关法律法规程序,投诉人的投诉缺乏事实依据,遂决定驳回投诉人诣×科技公司的投诉。诣×科技公司对此不服,遂诉至法院,请求裁决撤销巴×财政局的该决定书。

【法理研究】

《政府采购法》赋予了供应商有向采购人、采购代理机构提出询问和书面质疑的权利,至于询问是以何种形式提出,法条中并未明确规定,因此在实践中,询问的方式比较灵活多变,口头、书面、邮寄等形式都是采购人、采购代理机构可接受的合理的方式。若是采购人与中标、成交供应商进入到了签订采购合同的程序,但是其他供应商的询问或者质疑可能影响到中标、成交结果的,那么这种情况该如何处理呢?《政府采购法》中并没有明确的规定,因此,在本《条例》中对此做补充规定,以解决实践中存在的此类问题。

法条明确了两种不同的情况:尚未签订合同,暂停签订;已经签订合同的,中止履行。因此,在实践中,采购人对于采购合同的处理方式有了明确的法条规定,从而保证签订的采购合同能够顺利的履行。

在本案当中,重庆诣×科技有限公司对于采购人擅自取消其供应商资格、终止合同履行的行为而提出了质疑,在此期间,不管采购人擅自终止合同的行为是否合法,但是作为供应商一方,仍然认为此合同一直处于有效阶段,由于此质疑涉及此采购合同的效力以及选择其他供应商的问题,足以影响此次中标、成交结果,因此,在质疑期间,采购人应当中止履行合同。

第五十五条 对供应商提出质疑、投诉的要求

第五十五条 供应商质疑、投诉应当有明确的请求和必要的证明材料。供应商投诉的事项不得超出已质疑事项的范围。

【条文释义】

本条规定了供应商质疑、投诉应当有明确的请求和必要的证明材料,明确投诉事项的范围。

一、立法目的

(一) 旨在保护供应商合法权益特别是维护其正当经济利益

《政府采购法》建立了供应商的质疑、投诉制度,主要内容集中在这部法律的第六章。从法律规定的内容来看,审查、处理供应商质疑事项的主体是采购人或者采购代理机构,处理的质疑事项是采购文件、采购过程和中标、成交结果是否违法,是否存在着侵犯供应商合法权益的内容。投诉的处理主体是财政部门,处理的投诉事项是质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内做出答复的。供应商的质疑、投诉制度实际上是为了保证供应商的合法权益不受非法侵害,保护供应商的正当经济利益。由于《政

府采购法》第五十二条和第五十五中对供应商提出质疑、投诉的要求条件比较低，换句话说，很容易造成供应商恶意质疑、投诉，扰乱秩序，导致无效的质疑、投诉的数量日益增多，浪费国家资源，严重影响行政工作效率。

所以，为了规避这种现象的发生，本条款中明确规定了供应商在提出质疑、投诉时，应当有明确的请求和必要的证明材料。

（二）立法限定供应商请求权的法理基础

有关立法之所以明确规定了供应商在提出质疑、投诉时，应当有明确的请求和必要的证明材料，主要基于有以下几点理由：

（1）防止供应商滥用质疑、投诉的权利。

质疑和投诉是法律赋予供应商的正当权利，而实际中很多供应商却缺乏相应质疑与投诉的法律知识，这直接导致了一些供应商乱诉、滥诉的行为频繁发生，结果不仅导致自身权益未能得到有效保障，而且给相关部门在处理这些乱诉、滥诉上浪费了大量的人力、物力和时间，同时也损害了政府采购的形象。

因此，供应商在提出质疑、投诉时，要求应当有明确的请求和必要的证明材料，可以使其在合法、有序的范围内行使权利，减少无效质疑、投诉的数量，真正做到保护自身的合法权益不受非法侵害。

（2）提高采购人、采购代理机构答复工作的效率和质量。

旨在使其做出的答复具有很强的针对性，促使国家资源得到有序的利用。

（3）减少供应商提出质疑、投诉的随意性和盲目性。

保证其的质疑、投诉是在深思熟虑情况下做出的，从而遏制无中生有、捏造事实等恶意质疑、投诉现象的发生。

二、质疑、投诉必须有明确的请求和相关证明材料

1. 质疑、投诉必须有明确的请求

这里请求明确指的是事情的针对性，也就是指供应商在质疑函或者投诉书中明确提出来的，针对某些问题，要求有关的部门给予答复的问题，故所谓请求亦即供应商希望通过质疑、投诉程序所要达到的目标。

2. 质疑、投诉须有必要的证明材料

其是指供应商提供的、能够证明其提出的质疑、投诉合法合理的必要材料，既包括事实依据，又包括法律依据等。这里必要的证明材料旨在有助于行政机关及时掌握资料，依法行政。

3. 质疑、投诉必须提交投诉书

《政府采购供应商投诉处理办法》第八条规定，投诉人投诉时，应当提交投诉书，并按照被投诉采购人、采购代理机构（以下简称被投诉人）和与投诉事项有关的供应商数量提供投诉书的副本。

投诉书应当包括下列主要内容：（1）投诉人和被投诉人的名称、地址、电话等；（2）具体的投诉事项及事实依据；（3）质疑和质疑答复情况及相关证明材料；（4）提起投诉的日期；（5）投诉书应当署名。投诉人为自然人的，应当由本人签字；投诉人为法人或者其他组织的，应当由法定代表人或者主要负责人签字盖章并加盖公章。

投诉人应当按照被投诉人数量和与投诉事项相关的供应商数量提供投诉书副本。提交投诉书时间不得超过质疑答复期满后15个工作日，逾期将不予受理。不符合相关法律法规对投诉书内容规定的，不能提供合法证据来源的，或者没有法定代表人签字的投诉书视为无效投诉，受理机关不予受理。投诉人应对投诉书中虚假、不实的内容以及诋毁性内容承担法律责任。代理人办理投诉时，需提交法人授权委托书。在投诉书中伪造法定代表人签字或其他证明材料的，将依法追究机构和个人的相关责任。

三、投诉事项不得超过已质疑事项的范围

（一）质疑前置的原则

供应商的投诉事项不能超出质疑事项，构成了质疑成为投诉的前置程序。这种前置既包括程序前置，也包括内容前置。

质疑前置的原则就是供应商未经质疑不得提起投诉，这种制度设计的主要考量是鼓励当事人通过自主协商快速解决争议，使矛盾迅速得到化解，避免问题扩大造成难以挽回的后果，尽量减少行政干预的成本，以提高采购效率，使供应商得到实质性的救济。

《政府采购法》第五十五条规定，“质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内做出答复的，可以在答复期满后15个工作日内向同级政府采购监督管理部门投诉。”

（二）投诉需要注意的以下几个问题：

1. 政府采购供应商投诉事项仅限于可以提出质疑的事项范围

供应商认为采购文件、采购过程和中标、成交结果使自己的权益受到损害的，必须先向采购人提出书面质疑。质疑供应商只有在对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内做出答复的情况下，才能提出投诉。

2. 政府采购投诉既不能越级亦不可跨部门。

供应商只能向采购人或者采购代理机构的同级政府采购监督管理部门投诉，不可以越级投诉，也不可以向其他部门投诉；如果超过答复期满后15个工作日，其投诉应视为无效，不予受理。

【案例6-4】

处理质疑投诉不能全靠供应商举证^①

【案情简介】

在某多媒体讲台项目招标活动中，B公司顺利成为中标候选人。A公司获悉这一结果后，以B公司投标产品参数与招标文件不符为由向采购代理机构提出质疑。

经调查，采购代理机构认为A公司未能提供证明其质疑属实的有关材料，根据政府采购法实施条例（以下简称《条例》）第五十五条的规定，拒绝受理A公司的质疑。

A公司心有不甘，从B公司公开的数据中搜集了相关材料后，再次向采购代理机构提出质疑，然而，得到的答复却是：材料不能证明质疑事项成立。

^① 处理质疑投诉不能全靠供应商举证[N]. 中国政府采购报，2015-05-28.

【法理研究】

有专家认为,《条例》只要求供应商在进行质疑、投诉时,向采购人、采购代理机构提供必要的证明材料,至于这些材料能否有效证明质疑、投诉事项成立,需采购人、采购代理机构自己进行调查取证以查明提供的材料是否具有真实性、证明性。

本案中,采购代理机构轻率驳回 A 公司的第二次质疑的做法明显不妥,主要原因在于采购代理机构没有分清质疑受理的程序性证据要求和质疑答复的实体性证据要求。

在证据理论上,证明对象可区分为实体性事项和程序性事项,大陆法系国家,多明确区分实体法事实和程序法事实,并分别适用不同证明要求。而事实上,程序性证据要求是供应商不必提供足以证明质疑、投诉事项成立的相关材料,采购人、采购代理机构仅是对供应商提交的相关材料是否符合期限要求、材料是否齐全、提交材料的程序是否合法等进行审查;实体性证据要求则是供应商提交的证据必须确凿、真实且足以证明质疑、投诉事项能够有效成立,采购人、采购代理机构对此进行严格的审查。

毫无疑问,采购人、采购代理机构是否受理质疑、投诉属于程序性审查,即审查供应商提供的“必要的证明材料”是否符合质疑、投诉的受理条件,而非属于“质疑、投诉有效成立”的实体性证明材料。

从法律精神看,实体性证明材料应该是采购人、采购代理机构受理质疑后,经调查取证而掌握的证据,本案中,采购代理机构未进入调查取证程序就认定“材料不能证明质疑事项成立”,显然是错误理解了此法律精神。

第五十六条 对投诉事项的调查

第五十六条 财政部门处理投诉事项采用书面审查的方式,必要时可以进行调查取证或者组织质证。

对财政部门依法进行的调查取证,投诉人和与投诉事项有关的当事人应当如实反映情况,并提供相关材料。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第五十六条的细化,具体规定了财政部门对投诉事项的处理方式。

一、财政部门对投诉事项的处理方式

本条第一款规定,财政部门处理投诉事项应采用书面审查的方式,如果存在质疑其真实性情况,可以进行现场调查取证或者组织有关专家进行质证。

1. 书面审查

通常情况下,若是发生供应商投诉的事项,财政部门可以通过调阅有关的采购文件资料,同时结合供应商提供的必要的证明材料,进行审查,就会很方便地查清楚事情的来龙去脉,做出正确的处理决定。

书面审查是行政效率原则在行政复议制度中具体表现,不开庭不开听证会。行政复议制度形式上是一种内部监督制度,实质上是一种权利救济制度,即一种争讼制度,更应当贯彻正当程序原则。行政复议原则上采用书面审查办法,在书面审查办法不足以保护行政相对人(包括

处于被管理地位的利害关系人)合法权益时,应当听取行政相对人的意见。这也是司法行政复议中及时、便民原则的体现。

2. 调查取证、组织质证

调查取证、组织质证是在书面审查方式不能查明投诉事情的来龙去脉,以及怀疑投诉的真实性情况下才做的,而不是必要环节。

调查取证就是财政部门为了查明投诉事项,向有关单位、部门、个人等进行调查、搜集证据,以求做出正确的处理决定。组织质证就是财政部门在必要时组织参与采购活动的当事人对有关的证据材料进行质证,通过质证,保证当事人的参与权和知情权,使财政部门对争议的事项能够做到全面的了解,使投诉处理决定有很强的合理性、合法性和可接受性。

二、相关人员配合调查的义务

由于招标投标活动参与的主体较多,有招标人、评标委员会、投标人及其他利害关系人等,每一个主体在招投标活动中均享有各自独立的权利义务,行政监督部门的处理决定也同样会涉及参与招投标的每一个主体的权利义务。

因此,投诉人或者与投诉事项有关的当事人,对财政部门依法进行的调查取证,应当如实反映情况,提供相关材料。这是投诉人和相关人对监督部门调查取证时如实提供证明材料的一项法定义务。这里说的“与投诉事项有关的当事人”既包括采购人、采购代理机构等参与政府采购活动的当事人,也包括当事人以外的其他参与到采购活动当中的其他单位、人员,例如评审专家、行业协会,等等。

关于有义务配合财政部门调查取证的当事人范围,《政府采购供应商投诉处理办法》(财政部令第20号)第十五条规定“对财政部门依法进行调查的,投诉人、被投诉人以及与投诉事项有关的单位及人员等应当如实反映情况,并提供财政部门所需要的相关材料。”

【案例 6-5】

中华人民共和国政府采购信息公告^①

(第 267 号)

【媒体信息】

根据《政府采购信息公告管理办法》(财政部令第19号)的相关规定,现将本机关对“中央国家机关2015年台式计算机批量集中采购项目——第一期(1月)第一包”采购项目(招标编号:GC-HG140862)投诉案做出处理决定公告如下:

一、相关当事人名称

投诉人:联×(北京)有限公司

地 址:北京市海×区上地信息产业基地创业路×号

被投诉人:××政府采购中心

地 址:北京市西×区西直门内大街西章胡同×号院

相关供应商:同×股份有限公司

地 址:北京市海×区王庄路1号清华同方科技大厦×座×层

^① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第267号. 财政部网站, <http://www.mof.gov.cn>.

二、基本情况

投诉人对被投诉人做的质疑答复不满，向本机关提起投诉。投诉事项为：本项目中标供应商同×股份有限公司使用与《第十六期节能产品政府采购清单台式计算机性能参数》不一致的产品投标，所投产品不具有参与政府采购活动的资格。经审查合格，本机关依法受理，并对投诉事项进行了调查取证。2015年4月2日，本机关依法做出投诉处理决定。

三、处理结果

经审查，本机关做出处理决定如下：

本项目采购文件编制违反了《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》（国办发[2007]51号）第二项和《关于调整公布第十六期节能产品政府采购清单的通知》（财库[2014]90号）第八项的规定，影响中标结果。

根据《政府采购供应商投诉处理办法》（财政部令第20号）第19条第（一）项的规定，责令中央国家机关政府采购中心重新开展本项目第一包采购活动。

【法理研究】

《政府采购法》赋予了供应商向政府采购监督管理部门进行投诉的权利，投诉的法定范围是供应商对质疑答复不满意或者是采购人、采购代理机构未在规定的时间内进行质疑答复。有关的政府采购监督管理部门依法对投诉事项做出处理决定且需书面通知投诉主体。

至于有关的政府采购监督管理部门如何做出处理决定，《条例》进行了补充规定，这里的政府采购监督管理主体主要限制在财政部门，财政部门在处理投诉事项时，以书面审查为主，必要时可以进行调查取证或者组织质证。明确了财政部门处理投诉事项的法定方式，有助于约束财政部门的行为，规范投诉事项的处理方式、处理程序，做出科学合理的处理决定。

第五十七条 特定情形的投诉处理

第五十七条 投诉人捏造事实、提供虚假材料或者以非法手段取得证明材料进行投诉的，财政部门应当予以驳回。

财政部门受理投诉后，投诉人书面申请撤回投诉的，财政部门应当终止投诉处理程序。

【条文释义】

本条具体规定了投诉被予以驳回以及撤回投诉申请的情形。

一、财政部门应当予以驳回投诉申请的情形

财政部门应予以驳回投诉申请三种法定情形为捏造事实、提供虚假材料、以非法手段取得证明材料。

1. 捏造事实

投诉人捏造他人违反有关采购法律法规的情形，即以根本不存在的、可能引起有关政府采购监督管理部门做出不利于被投诉人处理决定的行为。如捏造投标人曾召开会议研究串标，要求采购监督管理部门撤销中标人。

2. 提供虚假材料

通过虚构、编造事实上不存在的证明文件的行为。

上述两条列举的行为均属于证据造假。

3. 以非法手段取得证明材料

通过欺骗、利诱、强迫等不正当的非法手段取得与投诉有关的证明材料。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条规定，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。如通过招标人、招标代理机构或者评标委员会成员获取应当保密的信息和资料进行投诉应当驳回。

上述条款列举的行为属于行为违法。

4. 凡缺乏事实依据的投诉财政部门审查后均应予以驳回

实践中，财政部门予以驳回的情形不限于以上三种。根据《政府采购供应商投诉处理办法》第十七条第二项规定“凡是缺乏事实依据的投诉，财政部门审查后均应予以驳回。”故对于证据作假和手段违法的两类投诉，财政部门均应予以驳回。

二、撤回投诉申请

在财政部门受理投诉之后，投诉人无论何种原因，以书面的形式申请撤回投诉的，财政部门都应当终止投诉处理程序。此处是“终止”，投诉处理程序自始停止。

投诉人以书面形式撤回投诉，财政部门应当终止投诉程序。但是财政部门若发现采购活动中存在违法违规的行为，针对其中影响或者可能影响中标、成交结果的行为，财政部门首先应当按照本款规定，终止投诉处理程序，随后，再根据相关的法条，对投诉处理过程中发现的违法违规行为依法做出处理决定。

该条款的规定主要是，鉴于政府行政成本是政府向社会提供一定的公共服务所需要的行政投入或耗费的资源，是政府行使其职能必须付出的代价，是政府行使职能的必要支出。政府处理投诉必然要投入一定的人力、物力、财力，若投诉人对政府采购的活动过程不提出质疑，则可以节约行政执法成本。

【案例 6-6】

没有侵害他人合法权益的录音是有效投诉证据^①

【案例简介】

受某市职业学校的委托，某招标代理有限公司就其所需电梯组织竞争性谈判采购。根据采购公告，供应商的报名时间为 10 月 21 日起至 10 月 24 日；竞争性谈判响应文件递交截止时间为 10 月 29 日上午 9 点，谈判开始时间为 10 月 29 日上午 9 点 30 分。谈判结束后，H 机电设备有限公司被谈判小组推荐为第一成交供应商候选人。11 月 7 日，招标公司向 H 公司发出了《成交供应商通知书》（以下简称《通知书》）。5 天之后，招标公司又以成交结果没得到采购人的确认，要求收回《通知书》。于是，一场代理公司和供应商的“较量”拉开了帷幕。

H 公司失望之余，向当地财政局提起投诉，其投诉事由为：首先，招标公司既然已经发了《通知书》，就不该再收回；其次，在谈判结束后采购合同签订前，招标公司和采购人就签订合同进行过实质性谈判。据 H 公司介绍，11 月 3 日，招标公司电话通知 H 公司协商成交事宜。H 公司委托市场部经理和法律顾问前往招标公司。

^① 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京：中国金融出版社，2011 年第 1 版.

在招标公司的组织下，采购人代表和招标公司代表在招标公司的会议室与 H 公司代表进行过实质性谈判。投诉中，H 公司还提交了谈判过程录音。招标公司和采购单位之所以后来否定结果，其原因是 H 公司没给采购人代表和招标公司代表“好处”。H 公司称，谈判之后，该项目的利润已经非常微薄，如果再私下给采购人代表和招标公司好处，那该项目就成了赔本的买卖。

财政局介入调查后，采购单位称，学校没有授权任何单位和个人商谈采购合同，任何单位和个人无权代表学校参加该项目的合同谈判，不存在与 H 公司进行过实质性谈判的问题。但录音的内容却是：招标公司工作人员说 H 公司所提供的用户业绩为虚假信息，为了不影响成交，要求 H 公司在谈判确定的价格基础上下调 15% 签订合同。H 公司代表也应允……听完录音后，招标公司和学校代表对 H 公司的暗中录音的证据效力都不予认同。

【法理研究】

录音资料按照不同的标准可以进行不同分类。以录音采取的手段为标准，录音可以分为公开录音与秘密录音。秘密录音包括公开场所的秘密录音与私人场所的秘密录音。私人场所的秘密录音，包括偷录录音和私下录音两种形式。私下录音，是指录制者私自录制本人与他人之间的谈话，即在日常生活与经济交往活动中，当事人中的一方未经对方同意或在未向对方提出任何明示的情况下，采取录音手段录取本人与他人之间的谈话内容，从而取得证据的情形。

本案的争议焦点就是 H 公司用私下录音作为投诉的证明材料，该录音是否应当被采用的问题。在诉讼实践中，要使录音证据成为判决依据，必须同时具备三个条件：

(1) 当事人出示的录音证据未被剪接、剪辑或者伪造，前后连接紧密，内容未被篡改，具有客观真实性和连贯性。

(2) 录音证据的取得必须符合法律规定。

(3) 当事人在录音时，要注意取证技巧。在交谈时要尽量用全名称呼，谈话内容不要涉及与案情无关的个人隐私或商业秘密，也不要采用要挟口吻，否则可能会被认定为不合法而不予采信。

最高法院曾规定，未经对方当事人同意偷偷录音取得的资料不能作为证据使用。但 2002 年，最高法院修改了民事诉讼证据规则，根据规则规定，偷偷录下的录音证据要想被采信，必须同时具备两个条件。第一，录音证据不能被剪接、剪辑，前后连接紧密，具有客观真实性和连贯性。第二，录音证据的取得必须符合法律规定。如果录音证据的持有者采用了侵犯他人的隐私或者违反法律禁止性的规定，比如在其工作处所或者住所以窃听方式取得的录音资料，就属于违反法律禁止性规定取得的证据，不能作为证据使用。

最后，对方未提出反驳或反驳理由不成立。

《若干规定》第七十条规定：“一方当事人提出的下列证据的，人民法院应当确认其证明力……(三)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件……”从这一规定可以看出，法院在把录音证据作为判案依据时，还要对录音证据是否有疑点进行审查。如果对方当事人对录音资料表示质疑，并提出足够的证据加以反驳，那么该录音证据便失去证明力；如果没有足够的证据加以反驳，法院就应当确认该录音证据的证明力。另外，在实际操作过程中，要尽量选择杂音干扰少的地方录制。在偷录中，应先表明自己的身份及录制时间，并巧妙地引导或提示对方表明身份，以增强证据的可信程度。

业界专家指出，本案例中，虽然 H 公司提供的录音是未征得招标公司工作人员及采购人

代表同意暗中录制的，但该证据的取得并没有侵害他人的合法权益，亦未违反法律的强制性规定，且该录音音质清晰，未存有疑点，应当认定，不应当认为 H 公司是以非法手段取得的证明材料，财政部门不应当予以驳回投诉申请。

第五十八条 投诉处理期限计算与处理决定公告

第五十八条 财政部门处理投诉事项，需要检验、检测、鉴定、专家评审以及需要投诉人补正材料的，所需时间不计算在投诉处理期限内。

财政部门对投诉事项做出的处理决定，应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告。

【条文释义】

一、期限的计算

《政府采购法》第五十六条具体规定了投诉处理期限，“政府采购监督管理部门应当在收到投诉后 30 个工作日内，对投诉事项做出处理决定，并以书面形式通知投诉人和与投诉事项有关的当事人。”法定的投诉处理期限是收到投诉后的 30 个工作日内。但若是需要检验、检测、鉴定、专家评审以及需要投诉人补正材料的，所需时间不计算在投诉处理期限内。

这是因为，在对投诉案件的调查处理过程中，可能会需要一些必要的检验、检测、鉴定、专家评审以及补正材料等行为，其所需要的时间是不固定的，实践中受到很多因素的干扰，如天气、气温等，这些都是财政部门无法预料、无法控制的。因此，不能计算在投诉处理期限内。

行政监督部门在收到投诉申请后，应当及时审查投诉申请的内容，并在一定期限内做出是否受理的决定。合理规定这一期限，不但应体现效率原则，还得顾及实际操作中的可行性问题。

二、投诉事项处理决定的公告

财政部门对投诉事项做出的处理决定，应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告。

（一）投诉事项公告的意义和作用

1. 法律对行政投诉的限定有利于投诉人、与投诉事项有关的当事人方便快捷地获取处理信息；
2. 这也体现了阳光采购的全过程，有利于推进政务公开、建设阳光政府；
3. 限定投诉媒体有利于规范财政部门的行为，限制权力的滥用，促进依法行政；
4. 有利于发挥社会公众的监督作用，促进财政部门提高工作效率和工作质量；
5. 有利于在实践中形成警示作用，遏制恶意投诉事件的发生，规范投诉秩序，形成良好的投诉机制。

（二）投诉处理公告有期限

财政部门做出的投诉、监督检查等处理决定公告的内容应当包括相关当事人名称及地址、投诉涉及采购项目名称及采购日期、投诉事项或监督检查主要事项、处理依据、处理结果、执法机关名称、公告日期等。投诉或监督检查处理决定应当自完成并履行有关报审程序后 5 个工作日内公告。

【案例 6-7】

政府采购第一案走过 10 年 财政部再败诉^①

【媒体报道】

“政府采购第一案”的发生，源于 2004 年公共卫生医疗救治体系建设中的两起政府采购货物的招投标。

2003 年，“非典”疫情暴露出我国公共卫生体系建设不健全、公共卫生事业严重滞后等问题。为此，国家启动了突发公共卫生医疗救治体系建设，并相应安排中央财政资金、国债资金等，重点是改造、建设省市县三级传染病医院和紧急救援中心，总投资 114 亿元。

这两起招投标分别由中国远东国际贸易总公司（简称“远东公司”）和国信招标有限责任公司（简称“国信公司”）代理。

同日，国家发改委和卫生部共同委托远东公司作为招标代理机构之一进行公开招标，资金来源为中央国债资金。原告供应商现代沃尔参与了此次数量为 300 台便携式血气分析仪的项目招标。

在这两次投标过程中，现代沃尔的出价均为最低，为每台 5.68 万元人民币，然而，两次招投标有意外相似的结局：两场标最后都被供应商广东开元医疗设备有限公司（简称“开元公司”）投得，投标价格均为每台 8 万元人民币。

这让现代沃尔的总经理王建军大吃一惊，并深深质疑政府采购为什么会是“价高者得”？

随后，根据政府采购法规定的程序，王建军多次向采购人——国家发改委、卫生部及代理机构发出质疑函，但都没有收到专家组名单、评分标准等任何可以解答他质疑的答复。

王建军知道，按照政府采购法的规定，在对代理机构的答复不满意的情况下，可以向同级政府采购监督管理部门投诉。于是，他在向招标中介公司发出质疑后，又开始向有关政府部门投诉。

2004 年 12 月 21 日，他向负责同级政府采购的监管部门财政部提出投诉。3 个月后，财政部仍没有对投诉做出明确答复，早已超出法律规定的“30 天”时限。

王建军找到谷辽海律师，准备提起诉讼。

谷辽海介绍说，按照政府采购法规定，“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责”。这意味着，由卫生部和发改委两大部委牵头组织的采购，理应由财政部负责监督。

2005 年 3 月 28 日，北京市第一中级人民法院正式受理了这两起诉讼。5 月 20 日，法院公开开庭合并审理了这两个案件。

2015 年 5 月 25 日，北京市一中院公开开庭审理此案。6 月 19 日出具行政判决书。判决如下：一、撤销财政部于 2014 年 5 月 9 日做出的《财政部投诉处理决定书》；二、财政部应当于法定期限内针对现代沃尔的投诉重新做出处理决定。

【法理研究】

《政府采购法》规定的财政部门受理投诉的原则之一就是质疑前置，第五十五条规定“质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内

^① 政府采购第一案走过 10 年，财政部再败诉. 光明网，<http://news.youth.cn>.

做出答复的，可以在答复期满后 15 个工作日内向同级政府采购监督管理部门投诉。”

至于受理投诉的时间期限，第五十六条明确规定“政府采购监督管理部门应当在收到投诉后 30 个工作日内，对投诉事项做出处理决定，并以书面形式通知投诉人和与投诉事项有关的当事人。”

《条例》又对其进行了补充规定，排除了一特殊时间，无需计算在投诉处理期限之内。在本案当中，供应商多次向采购人——国家发改委、卫生部及代理机构发出质疑函，但都没有收到专家组名单、评分标准等任何可以解答他质疑的答复。随后，供应商向财政部门提起投诉，但是财政部 3 个月后仍没有对投诉做出明确答复，早已超出法律规定的“30 天”时限。而且在本案中，财政部不存在为了处理投诉事项，而有一些检验、检测、鉴定、专家评审以及需要投诉人补正材料的时间，因此，财政部的做法明显违法。

参 考 文 献

1. 论文书籍

- [1] 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著：《中华人民共和国政府采购法实施条例释义》[M]. 中国财政经济出版社，2015 年第一版。
- [2] 王磊. 私下录音证据的审核与认定[J]. 人民法院，2008(04).

2. 网站

- [1] 精明女子偷偷录音取得证据打赢官司. 网易新闻中心，<http://news.163.com>，2010-09-25.
- [2] 录音证据怎样成为判决依据. 新浪新闻，<http://www.sina.com.cn>，2006-03-07.
- [3] 政府采购第一案走过 10 年 财政部再败诉. 光明网，<http://news.youth.cn>，2015-07-29.
- [4] 政府采购评审专家专业技能要求. 教育工程网，<http://www.jianshe99.com>，2013-01-10.
- [5] 乐家超. 写“投诉状”不能再随意了. 中国政府采购网，<http://www.ccgp.gov.cn>，2015-06-08.

3. 报纸

- [1] 陈燕平，林博宇，丁炜. 如何对待和处理供应商对采购文件的质疑[N]. 中国政府采购报，2012-06-18.
- [2] 谷辽海. 我国政府采购救济程序对供应商的限制[N]. 中国经济时报，2006-01-03.
- [3] 处理质疑投诉不能全靠供应商举证[N]. 中国政府采购报，2015-05-28.
- [4] 程红琳. 面对尴尬取证代理机构该何去何从[N]. 中国政府采购报，2013-06-24.

第七章 监 督 检 查

第五十九条 政府采购项目的采购标准

第五十九条 政府采购法第六十三条所称政府采购项目的采购标准，是指项目采购所依据的经费预算标准、资产配置标准和技术、服务标准等。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第六十三条规定的政府采购项目采购标准的具体说明。

《政府采购法》第六十三条规定“政府采购项目的采购标准应当公开。”

一、政府采购项目的采购标准

所谓的采购标准，是指采购人在符合国家有关规定的基础之上，实际采购的采购对象需要满足国际或者国内公认的标准，以及采购对象本身需要的规格、性能、尺寸、材质等方面的标准。采购标准是衡量供应商是否有能力参加政府采购活动、是否有能力规避或承担风险，以及以何种形式参加政府采购活动的重要依据，是政府采购监督管理部门以及其他监督部门对政府采购活动实施监督的主要内容，也是采购人或采购代理机构保证采购质量、按时充分完成采购任务的基础和前提。

二、采购标准具体内容

（一）经费预算标准

根据《政府采购法》的规定，政府采购资金是财政性资金，而财政性资金往往是通过预算进行管理的，财政部《关于编制 2013 年中央部门预算的通知》对中央预算单位需要认真编制采购预算做了规定，要求所有使用财政性资金及其配套资金采购货物、工程和服务的支出必须编制政府采购预算。因此，在采购活动开始之前，采购人或者采购代理机构需要根据预算管理的相关规定编制采购预算。

本《条例》第三十条规定“采购人或者采购代理机构应当在招标文件、谈判文件、询价通知书中公开采购项目的预算金额。”公开预算金额，也就意味着采购项目的采购标准必须严格控制经费预算范围内，不能超出预算。

（二）资产配置标准

中央或者财政等部门发布的汽车、办公家具以及办公设备等的资产经费标准，也即采购标准不能超过国家关于车辆、办公面积、办公用品等配置标准。科学的资产配置标准，是根据单位的人员编制、财政能力、日常需要等因素制定的，明确资产配置的数量、性能、指标等，从而能够满足单位日常运转的需要，优化资产配置结构，提高资产的使用效率。例如，财政部于 2011 年 4 月发布《关于印发〈中央行政单位通用办公设备家具购置费预算标准（试行）〉的通知》，规定了中央行政单位通用办公设备家具的实物量标准和预算标准，包括实物量标准、价格上限标准、使用年限标准三部分；《中央国家机关公务用车编制和配备标准的规定》规定，

一般公务用车配备排气量 1.8 升（含）以下，价格 18 万元以内的轿车。

（三）技术标准

技术标准即采购标准，应当满足使用功能达到其设计标准。《中华人民共和国标准化法》将标准分为 4 种：国家标准、行业标准、地方标准和企业标准。第六条规定“对需要在全国范围内统一的技术要求，应当制定国家标准。国家标准由国务院标准化行政主管部门制定。对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求，可以制定行业标准。行业标准由国务院有关行政主管部门制定，并报国务院标准化行政主管部门备案，在公布国家标准之后，该项行业标准即行废止。对没有国家标准和行业标准而又需要在省、自治区、直辖市范围内统一的工业产品的安全、卫生要求，可以制定地方标准。地方标准由省、自治区、直辖市标准化行政主管部门制定，并报国务院标准化行政主管部门和国务院有关行政主管部门备案，在公布国家标准或者行业标准之后，该项地方标准即行废止。

企业生产的产品没有国家标准和行业标准的，应当制定企业标准，作为组织生产的依据。企业的产品标准须报当地政府标准化行政主管部门和有关行政主管部门备案。已有国家标准或者行业标准的，国家鼓励企业制定严于国家标准或者行业标准的企业标准，在企业内部适用。”

（四）服务标准

即应当满足国家、行业或企业制定的有关标准或采购文件约定的服务要求。财政部于 2014 年 4 月发布了《关于推进和完善服务项目政府采购有关问题的通知》规定“根据现行政府采购品目分类，按照服务受益对象将服务项目分为三类：

第一类为保障政府部门自身正常运转需要向社会购买的服务。如公文印刷、物业管理、汽车租赁、系统维护等。

第二类为政府部门为履行宏观调控、市场监管等职能需要向社会购买的服务。如法规政策、发展规划、标准制定的前期研究和后期宣传、法律咨询等。

第三类为增加国民福利、受益对象特定，政府向社会公众提供的公共服务。包括：以物为对象的公共服务，如公共设施管理服务、环境服务、专业技术服务等；以人为对象的公共服务，如教育、医疗卫生和社会服务等。

要按照“方式灵活、程序简便、竞争有序、结果评价”的原则，针对服务项目的不同特点，探索与之相适应的采购方式、评审制度与合同类型，建立健全适应服务项目政府采购工作特点的新机制。”

采购标准是采购人编制采购需求的依据，是保证采购活动能够顺利进行的基础，同时也是保证采购质量、提高采购效率的前提。采购人、采购代理机构在编制相应文件时，应当充分考虑采购标准，对于需强制执行的标准应当严格执行，对于非强制执行的标准，在结合具体实际情况之后加以执行。

【案例 7-1】

国务院办公厅关于违规修建办公楼等楼堂馆所案件调查处理情况的通报

（国办发〔2007〕41 号）

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

近年来，各地区、各部门认真落实中央的有关要求，严格控制机关办公楼等楼堂馆所建设，

取得了一定成效。但是，一些政府机关违规修建办公楼等楼堂馆所现象在一段时间有所抬头，且有愈演愈烈之势。党中央、国务院对此高度重视，国务院第五次廉政工作会议做出专门部署，要求采取有效措施，坚决刹住这股歪风，维护党和政府的良好形象。为加强警示教育，严明纪律，经国务院同意，现将河南省濮阳县违规修建办公楼及领导干部住宅楼等4起案件的调查处理情况通报如下：

一、河南省濮阳县违规修建办公楼及领导干部住宅楼等4起案件的基本情况、主要问题和处理意见

（一）关于河南省濮阳县违规修建办公楼及领导干部住宅楼问题。

河南省濮阳县系省级贫困县。自2001年4月以来，濮阳县县委、县政府带头违规修建办公楼，致使有一些县直部门违规修建办公楼和一些领导干部相互攀比、擅自改变土地用途修建豪华住宅楼。存在的主要问题：一是县委、县政府违反审批程序，超标准修建县委、县政府综合办公楼。该办公楼于2002年9月开工建设，建筑面积15000平方米，工程预算975万元。2004年6月竣工，实际面积18746.36平方米，工程造价3284.31万元，投资超出概算2.37倍，目前仍拖欠工程款134.31万元。二是县纪委违规修建办公楼。2004年4月，县纪委在未办理审批手续的情况下，以建“干部培训中心”的名义开工建设办公楼，建筑面积3704平方米，工程预算400.6万元。现已支付工程款645.7万元（目前工程尚未竣工验收）。在工程建设过程中，县纪委还以“求援款”的名义向一些乡镇和县直单位收取106万元用于该办公楼建设。三是县劳动和社会保障局挪用下岗职工养老保险金和生活费，修建办公楼及劳动就业培训中心。2005年4月，县劳动和社会保障局开工建设办公楼，建筑面积5160平方米，预算投资650万元，实际支出819.5万元。2006年3月，该局在未取得土地使用证的情况下开工建设县劳动就业培训中心大楼，建筑面积7773平方米，已支付工程款699.6万元，至今未进行决算。在这两个工程建设过程中，该局挪用县化肥厂托管的下岗职工养老保险金和生活费770万元用于工程建设。四是一些领导干部违规、超标准建造个人住宅楼。2000年8月以来，濮阳县劳动和社会保障局、房产局、县纪委、建设工程局、机关事务管理局、人口计生委等单位部分领导干部擅自改变土地用途，违规、超标准建造个人住宅楼79套，其中面积最小的281平方米，最大的600平方米。

2007年4月，河南省委、省政府决定给予18名责任人党纪政纪处分。其中，给予原县委书记何广博党内严重警告、行政降级处分；给予原县委副书记、县长张建国党内严重警告处分；给予原县委副书记、纪委书记李趁英撤销党内职务和行政降级处分；给予原县委副书记、常务副县长董跃进行行政记大过处分；给予原县委常委、宣传部长刘善章党内严重警告处分；给予原副县长刘庶涛党内严重警告处分；给予原副县长王志让撤销党内职务和行政撤职处分；给予原副县长孙士杰党内严重警告和行政记大过处分；给予原副县长翟伟行政记过处分；给予县劳动和社会保障局原党组书记、局长李殿选开除党籍、撤销行政职务处分；给予县房产局原局长、党支部书记时跃进开除党籍、撤销行政职务处分。对其他7名科级干部给予了相应的党纪政纪处分。同时，决定：没收、拍卖县纪委办公楼；没收、拍卖违规住宅楼33套；对其他46套在国有划拨土地上违规修建的领导干部住宅楼，依照有关法律法规进行处罚并责令补交土地出让金后补办用地手续；责成濮阳市委、市政府，濮阳县委、县政府向河南省委、省政府写出书面检查，并将处理结果通报全省。

（二）关于山西省粮食局违规修建培训中心及“粮神殿”问题。

山西省粮食局在国家级风景名胜区——山西省永济县五老峰以修建粮食系统“培训中心”为名，挪用国家粮食储备库资金修建用于旅游接待的“云峰阁”宾馆。该工程2001年9月开

工，2003年9月竣工，工程造价690万元。存在的主要问题：一是以建“培训中心”为名，修建主要用于旅游接待活动的宾馆。二是违反审批程序，未经批准擅自开工建设。三是违反招投标规定，建设工程没有进行公开招标。四是违规筹集建设资金。挪用国家粮食储备库专项资金150万元，并组织下属国有粮食企业出资540万元。五是浪费严重。由于季节原因，“培训中心”每年仅能营业6个月，亏损严重。六是大搞封建迷信活动。在宾馆附近修建“粮神殿”，在殿中为个人歌功颂德、树碑立传，并将各省（区、市）粮食部门负责人的题词刻在石碑或牌位上，与神像一并供奉。

2007年4月，山西省委、省政府决定免去高志信山西省粮食局党组书记、局长职务，并对高志信的其他问题予以立案调查。

（三）关于甘肃省兰州市财政局违规修建综合办公楼问题。

甘肃省兰州市财政局综合办公楼地处繁华商业中心，由办公楼和住宅楼两部分组成，建筑面积42871平方米，其中办公楼建筑面积15539平方米，住宅楼面积为27332平方米，工程造价12845万元。该综合办公楼于2003年9月开工，2006年4月竣工并投入使用。存在的主要问题：一是违规建设。违反有关党政机关办公用房建设标准的规定，将办公用房与职工住宅合建；违反基本建设程序规定，在未办理施工许可证的情况下，先行组织施工；办公用房和集资建房面积与项目批复面积严重不符。二是办公用房建筑面积严重超标。该办公楼办公用房面积9708平方米，按财政局现有165人计算，人均办公用房建筑面积58.84平方米。三是奢侈浪费。建设成本和装修费用过高，综合楼办公用房层高4.2米，每平方米造价4507元，内外装修费共计2005万元。四是违反经济适用住房建设的有关规定，建成的住宅建筑面积严重超标，面积最小的181平方米，最大的247平方米。五是相关部门和有关人员不认真履行职责。市财政局违规建楼，市发展改革委违规立项审批，市规划国土资源局违规规划设计，市建设管理委员会、市房地产管理局监管不力，市政府有关负责人对发生的问题负有重要领导责任。

2007年5月，甘肃省委决定给予当时分管财政的副市长陈冬芝党内警告处分。兰州市委、市政府决定给予兰州市财政局党组书记、局长杨增玉撤销党内职务和行政撤职处分，并调离市财政局；给予市发展改革委副主任胡德庆党内严重警告处分；给予市国土资源局原副局长孙敏毓党内严重警告处分；给予市财政局分管基建工作的副局长赵兰生党内警告和行政记过处分。兰州市政府已决定将市财政局综合办公楼收回。

（四）关于山西忻州煤矿安全监察局违规修建办公楼等问题。

山西忻州煤矿安全监察局（以下简称忻州煤监局）下设两个科室，现有编制内人员10人，临时聘用工勤人员10人。2004年5月，忻州煤监局委托山西太忻公司为该局建造办公用房，建筑面积2557平方米，工程预算549万元。2006年5月底忻州煤监局搬入该楼办公。存在的主要问题：一是违规筹集建设资金。忻州煤监局为修建该办公楼筹集资金505万元，其中向被监管的国有煤矿企业借款209万元。二是办公楼面积严重超标。按照编制内人数计算，人均达255平方米。此外，该局还存在严重的超编制配备公务用车问题。该局现有监察车辆10辆，其中有4辆为接受地方政府和煤矿企业资助63万元购置。

2007年3月，国家安全监管总局决定，给予忻州煤监局原局长李建国党内严重警告和行政撤职处分，给予忻州煤监局原党总支书记贾世英撤销党内职务处分，给予忻州煤监局原副局长智毅党内警告和行政降级处分；给予山西省煤矿安全监察局党组书记、局长巩安库行政记过处分。山西省煤矿安全监察局、忻州煤监局决定将向国有煤矿企业筹借的209万元基建款和接受4家国有煤矿资助的38万元购车款全部归还给有关企业；责令忻州煤监局搬出该办公楼，

并对该办公楼予以拍卖；对超编制配备的4辆小汽车予以拍卖。

二、廉洁从政，依法行政，严格控制机关办公楼等楼堂馆所建设

上述4起案件，严重违反了党中央、国务院关于严禁党政机关违规修建办公楼等楼堂馆所和领导干部廉洁从政的有关规定，损害了党和政府在人民群众中的形象，在社会上造成了十分恶劣的影响。各地区、各部门特别是各级领导干部，要切实从中吸取教训，引以为戒，进一步把思想认识统一到中央的要求上来，全面落实科学发展观，树立正确的人生观、价值观和政绩观，坚持勤俭办一切事业的方针，加强监管、深化治理，确保严格控制机关办公楼等楼堂馆所建设各项措施落到实处，取得明显成效。

（一）加强作风建设，大力提倡艰苦奋斗、勤俭节约的作风。

各地区、各部门特别是各级领导干部要认真学习贯彻胡锦涛总书记在中央纪委第七次全会上的重要讲话和国务院第五次廉政工作会议精神，全面加强作风建设，发扬党的光荣传统和优良作风，增强忧患意识、公仆意识和节俭意识，把精力放到谋发展、促和谐，为群众办好事、办实事上来。要把解决机关违规修建办公楼等楼堂馆所的突出问题，作为加强作风建设重要切入点，大力弘扬艰苦奋斗、勤俭节约的正气，抵制铺张浪费、贪图享受的歪风邪气，关心群众疾苦，切实纠正损害人民群众利益的不正之风。

（二）严格廉洁自律，进一步规范从政行为。

违反规定建设高档楼堂馆所，追求和攀比办公场所豪华气派，是一种严重的铺张浪费行为，也是一种滥用权力的腐败行为。这些行为的发生，与一些领导干部和公务员思想上贪图享受、漠视群众利益、未能坚持廉洁自律和规范自身行为有直接关系。各地区、各部门特别是领导干部，一定要严格执行廉洁从政各项规定，严于律己，以身作则，艰苦奋斗，不搞特殊化，更不得利用职务之便谋取私利。要健全机关修建楼堂馆所的管理制度，完善项目建设审批程序和监管机制，严格公共财政支出管理制度，增强预算透明度，从项目审批、土地使用、资金支出等各环节严格控制机关办公楼等楼堂馆所建设。

（三）加强监督检查，严肃查处违规违纪问题。

各地区、各部门要按照《中共中央办公厅国务院办公厅关于进一步严格控制党政机关办公楼等楼堂馆所建设问题的通知》和《中央纪委、发展改革委、监察部、财政部、国土资源部、建设部、审计署关于开展党政机关办公楼等楼堂馆所建设项目清理工作的通知》要求，对近年来建设楼堂馆所的情况进行一次全面彻底的清理，进一步严格控制机关办公楼等楼堂馆所建设。各相关部门要加强监督检查，坚决纠正和查处各种违规违纪行为。对顶风违纪的，要按照规定从严处理。对问题严重、性质恶劣、影响很坏的，特别是违反政策规定加重群众负担的，不仅要依法依规处理直接责任人，还要按照党风廉政建设责任制的规定，严肃追究有关领导人员的责任。

国务院办公厅

二〇〇七年五月三十一日

【法理研究】

政府采购是公法人或公益法人使用国有资金为公务活动或公共服务进行的采购，其本质是使用纳税人的钱，即花别人的钱给别人办事。鉴于经济人法则，其节约资金的冲动远没有像花自己的钱给自己办事那样强烈。往往表现出一种采购欲望的扩张性，如同国务院办公厅文件通报的上述事件。其中有些项目表面上盖大楼买豪车没有使用财政资金，不属于政府采购项目。但是他们使用了国家赋予的公权力，强迫被监管对象“自愿”借款捐款，其行为性质和利用国

有资金超标准建设都是一样的，都不是掏自己腰包，都是国有资金只不过管理口径不同而已。表面上是为从事公务需要，实际上主要是兼顾个人的享受欲望，这些行为都同政府为人民服务的宗旨相背离，国务院办公厅的通报对相关领导干部是一个警示。本法对采购标准做了全面解释为今后杜绝此类事件的发生提供了法律保证。

第六十条 财政部门对集中采购机构的考核事项

第六十条 除政府采购法第六十六条规定的考核事项外，财政部门对集中采购机构的考核事项还包括：

- （一）政府采购政策的执行情况；
- （二）采购文件编制水平；
- （三）采购方式和采购程序的执行情况；
- （四）询问、质疑答复情况；
- （五）内部监督管理制度建设及执行情况；
- （六）省级以上人民政府财政部门规定的其他事项。

财政部门应当制定考核计划，定期对集中采购机构进行考核，考核结果有重要情况的，应当向本级人民政府报告。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第六十六条，财政部门对集中采购部门考核事项的补充规定。

《政府采购法》第六十六条规定“政府采购监督管理部门应当对集中采购机构的采购价格、节约资金效果、服务质量、信誉状况、有无违法行为等事项进行考核，并定期如实公布考核结果。”

一、财政部门对集中采购机构进行考核的必要性

根据本《条例》第十二条规定“集中采购机构是设区的市级以上人民政府依法设立的非营利事业法人，是代理集中采购项目的执行机构。集中采购机构应当根据采购人委托制定集中采购项目的实施方案，明确采购规程，组织政府采购活动，不得将集中采购项目转委托。”因此，集中采购机构是有关次级的人民政府根据法律的相关规定，专门设立的代理集中采购项目的执行机构。

法律规定，采购纳入集中采购目录的政府采购项目，必须委托集中采购机构代理采购，不得自行采购，更不得委托其他采购代理机构进行采购；采购人采购未纳入集中采购目录的政府采购项目，也可以委托集中采购机构在委托的范围内代理采购。所以，集中采购机构在政府采购活动中，处于一个十分重要的位置，因此法律规定要加强对集中采购机构的考核。实践证明，对集中采购机构进行考核，是政府采购监督管理部门对政府采购活动进行监督管理的有效手段，对考核事项做出了详细的规定，有利于采购监督管理部门有针对性的进行监督，做到有效监督、有序管理。

二、财政部门对集中采购机构的考核事项

各级财政部门是政府采购活动的监督管理部门，对集中采购机构活动负有监督管理的职责。根据法条规定，补充以下事项考核非常具有针对性。

（一）政府采购政策的执行情况

主要考核集中代理机构有关的采购目标的完成情况、采购政策的落实情况等方面。在《条

例》颁布之前，由于没有规定体现社会政策目标的措施和办法，有些地方滥用政策实行地方保护，更多的地方则从招标采购的公平性考虑，不注意对应当支持的地区和项目在招标采购政策上予以支持，或者没有支持的措施和办法，落实政府采购政策目标成了空话。因此，今后应加强对集中采购机构落实政府采购政策的考核，这对实现国家经济和社会发展目标、发挥政府采购的政策功能尤为重要。

（二）采购文件编制水平

采购文件在采购活动中具有重要的作用，主要包括招标文件、谈判文件、询价文件等，采购文件的编制水平直接影响了政府采购活动的质量和效率，体现了集中采购机构的业务能力和专业化水平。考核抓住了提高集中采购机构人员业务水平的“牛鼻子”，要使集中采购机构从“重程序的合规性”向“重需求的专业化”发生转变，提高编制采购文件的水平应是当务之急。

因此，财政部门应当针对集中采购机构的采购文件从以下方面进行考核：采购文件的内容是否全面、具体；采购文件是否符合逻辑；采购文件的文字是否有误、采购文件是否符合有关的政策法规；采购文件表达是否通俗易懂，没有歧义；采购文件是否满足采购需求、采购标准等等。集中采购机构负有认真编写采购文件的责任和义务。

（三）采购方式和采购程序的执行情况

政府采购的重要特征之一就是采购方式、采购程序的法定化、标准化。《政府采购法》第二十六条、第二十九条到第三十二条分别对采购方式做了具体的规定，且用第四章一章的内容对采购程序做了具体的规定。在政府采购活动中，集中代理机构应当严格按照法定的采购方式和采购程序执行采购工作，财政部门对其执行的情况进行监督管理、考核。

（四）询问、质疑答复情况

集中代理机构应当在自己的权限范围内，遵照有关的法律法规，给予提出询问、质疑的供应商以答复，这是集中代理机构的一项法定义务。财政部门应当对其答复情况进行考核，主要从以下几个方面：是否无故拒绝供应商的询问、质疑；是否在法定的时间内做出答复；是否针对询问、质疑的事项进行答复；是否超越权限进行答复等。

（五）内部监督管理制度建设及执行情况

《政府采购法》规定，集中采购机构应当建立健全内部的监督管理制度。鉴于集中采购机构属于公益法人的属性，其在采购活动中的服务属于强制性的服务，是体现公权的一种形式。因此应当通过考核，加强集中采购机构内部各部门之间的横向制约和纵向监督机制，设置不相容岗位安排，防止权力设租、寻租，促进廉政建设，保证采购程序和采购政策的全面落实，提高采购工作执行的透明度，从而保障集中采购机构顺利完成政府赋予的艰巨任务。

（六）省级以上人民政府财政部门规定的其他事项

该项属于授权性条款，实际上赋予了省级以上人民政府财政部门有权规定对集中采购机构进行考核的除上述5项以外的其他事项，属于兜底条款。

总而言之，财政部门对集中采购机构进行考核的事项主要是围绕着集中代理机构能否严格执行法律、法规，落实政府采购政策以及内部监督管理等方面。

三、制订考核计划

财政部门应当制定考核计划，有针对性的、定期对集中采购机构进行考核，有利于及时掌握集中采购机构的采购信息和采购动态，及时了解采购环节进行情况，防止集中采购机构怠于采购或者滋生腐败等问题的出现。2003 年财政部、监察部印发了《集中采购机构监督考核管理办法》第四条规定“集中采购机构监督考核工作，应当坚持依法办事、客观公正、实事求是、廉洁奉公的原则。对集中采购机构考核实行定期和定项考核。定期考核原则上每半年进行一次。定项考核根据工作需要随机进行。”第五条规定“财政部门在考核工作中要做到‘要求明确，事先通知，程序规范，考核认真’”。

四、建立重要情况报告制度

本条规定如果考核结果中有重要情况应向本级人民政府报告。其中，“重要情况”包含的内容法条中并未详细说明，在实践中，需要财政部门考虑综合情况自己做出裁量，随后向本级人民政府报告。主要是包括：集中采购机构在采购活动中存在重大违法行为、内部管理机制混乱或者是采购结果严重偏离采购预期目标等需要本级人民政府协调或解决的重大事项。

【案例 7-2】

天津考核集采机构综合成绩均超 90 分^①

【媒体报道】

本报讯 天津市财政局和市审计局近日完成对市级集中采购机构 2013—2014 年度政府采购执行情况的监督考核。考核结果显示，两家市级集中采购机构综合成绩达到 90 分以上，考核结果优秀。

据了解，2015 年 4 月底至 6 月中旬，天津市财政局联合市审计局建立监督检查组，对市级集中采购机构 2013—2014 年度政府采购执行情况开展监督考核，此举旨在进一步加强对集中采购机构的监督管理，规范集中采购行为，提高集中采购工作服务效率和水平。

考核采取单位自查与检查组重点抽查相结合的方式，考核内容包括政府采购法律法规和政策功能落实情况、采购方式和采购程序执行情况、内部监督管理制度建立健全情况、基础业务工作规范程度、受理质疑问题的答复处理、政府采购合同签订和履约验收组织情况、从业人员廉洁自律情况，以及服务满意度调查情况等 10 个方面。每项考核内容均对应设置了评分标准。

考核期间，检查组结合考核内容和要求，对市政府采购中心、市教委教学仪器设备供应中心两家市级集中采购机构两个年度近 200 个项目档案进行了重点抽查，并按照评分标准对上述两家单位的整体工作质量和服务水平进行了打分。经考核，上述两家单位执行政府采购法律法规情况良好，采购方式和采购程序合法规范，在内部机构职能建设、评审现场组织能力、服务手段和服务质量以及党风廉政建设等方面满足考核要求，综合成绩达到 90 分以上，考核结果优秀。同时，检查组还针对考核中发现的个别问题，如中小企业扶持政策落实不到位、政府采购信息公告程序不合规以及进口产品审核手续不全等情况，有针对性地下达了整改意见，要求两家单位进一步加强法律制度学习，健全内部管理机制，改进和提高服务能力和水平。

^① 天津考核集采机构综合成绩均超 90 分[N]. 中国政府采购报, 2015-07-16.

【法理研究】

《政府采购法》赋予了有关的政府采购监督管理部门对集中代理机构进行考核并定期如实公布考核结果的义务，那么考核的内容是什么呢？《政府采购法》规定了5项内容：采购价格、节约资金效果、服务质量、信誉状况以及有无违法行为。本《条例》在结合实践的基础之上，对此5项考核内容又做了细致地补充规定：政府采购政策的执行情况、采购文件编制水平、采购方式和采购程序的执行情况、询问或者质疑答复情况、内部监督管理制度建设及执行情况以及省级以上人民政府财政部门规定的其他事项。财政部门需要严格按照此11项的考核标准对集中代理机构定期进行考核，但是法条仅规定了考核的频率是“定期”，并未严格限制考核的时间标准。因此在实践中，考核的时间因具体情况而有所不同，需要财政部门根据具体情况来把握。本《条例》还增加了财政部门制定定期考核计划和向本级人民政府报告的义务，在考核之前将考核标准、考核程序、考核对象等制订成一项有落实价值意义的考核计划，这实际上是在一定程度上增加了财政部门的监管义务，规范财政部门的监管行为，对约束集中采购机构的采购行为以及准确履行采购义务上发挥了重要的作用。

第六十一条 采购人与采购代理机构之间的相互监督

第六十一条 采购人发现采购代理机构有违法行为的，应当要求其改正。采购代理机构拒不改正的，采购人应当向本级人民政府财政部门报告，财政部门应当依法处理。

采购代理机构发现采购人的采购需求存在以不合理条件对供应商实行差别待遇、歧视待遇或者其他不符合法律、法规和政府采购政策规定内容，或者发现采购人有其他违法行为的，应当建议其改正。采购人拒不改正的，采购代理机构应当向采购人的本级人民政府财政部门报告，财政部门应当依法处理。

【条文释义】

一、采购人和采购代理机构

在政府采购活动中，采购人与采购代理机构是平等的民事主体。法律规定集中采购目录内的采购项目必须委托集中采购代理，虽然采购人和集中采购机构办理需要委托手续，但其实质还是一种法定代理，招标人可以将目录外限额上的采购业务委托采购代理机构代理，其实质是一种委托代理，两种代理的被代理人都是采购人。

根据《政府采购法》第二十条规定“采购人依法委托采购代理机构办理采购事宜的，应当由采购人与采购代理机构签订委托代理协议，依法确定委托代理的事项，约定双方的权利义务。”因此，采购人对两种采购代理机构都承担相应的管理责任。鉴于两类民事主体的平等地位，法律规定的义务做为一种制度设计可归纳为横向制约。

二、采购人对采购代理机构的“监督”

当采购人发现采购代理机构有违法行为时，应当要求其改正。法律对其中的违法行为作了概括性规定，其代理行为是否违法的判断由采购人认定，这是法律赋予采购人的一项强制性义务。若是采购代理机构拒不改正，无论是明示、暗示，采购人应当向本级人民政府财政部门报告，由财政部门依法对采购代理机构进行处理。

三、采购代理机构对采购人的“监督”

采购代理机构若是发现采购人存在下列行为时，应当建议其改正。

（一）对采购需求的监督

发现采购人的采购需求存在以不合理条件对供应商实行差别待遇、歧视待遇或者其他不符合法律、法规和政府采购政策规定内容。

根据本《条例》第二十条规定“采购人或者采购代理机构有下列情形之一的，属于以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇：

- （一）就同一采购项目向供应商提供有差别的项目信息；
- （二）设定的资格、技术、商务条件与采购项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关；
- （三）采购需求中的技术、服务等要求指向特定供应商、特定产品；
- （四）以特定行政区域或者特定行业的业绩、奖项作为加分条件或者中标、成交条件；
- （五）对供应商采取不同的资格审查或者评审标准；
- （六）限定或者指定特定的专利、商标、品牌或者供应商；
- （七）非法限定供应商的所有制形式、组织形式或者所在地；
- （八）以其他不合理条件限制或者排斥潜在供应商。”

（二）对其他违法行为的“监督”

该条是对采购人除了采购需求之外的其他违法行为的概括性规定。

法律规定，认定采购人的采购需求是否存在上述法条规定的情形，采购人是否还有除此之外的其他违法行为，由采购代理机构确定，并规定采购代理机构应该首先建议采购人改正。若采购人拒不改正，不管是明示、暗示，采购代理机构应当向采购人的本级人民政府财政部门报告，由财政部门依法对采购人进行处理。

【案例 7-3】

代理机构漠视采购人违规须担责^①

【案情简介】

日前，某市安监局在网上公布了一年来的设备采购清单，其中“装备箱”一栏赫然出现的奢侈品品牌，引起了社会广泛关注。

该局负责人公开回应称，网站上的采购清单属实。在采购应急救援装备箱时，采购人推荐了两个品牌。而按照相关规定，招标采购中符合专业条件的供应商或者对招标文件做实质响应的供应商不能少于三家，否则就要废标。为了凑齐三个品牌，工作人员在不认识、不懂行的情况下，稀里糊涂地填写了该奢侈品品牌，最终凑齐三个品牌开始招标。

【法理研究】

通过本《条例》第六十一条的规定，可以看出实际上采购代理机构与采购人之间存在了一种横向的监督制约关系。采购代理机构是采购人委托从事此次采购活动的主体，采购人自然应

^① 代理机构漠视采购人违规须担责[N]. 中国政府采购报，2015-04-27.

当对其行为进行监督管理，反过来，法条还赋予了采购代理机构对采购人的行为进行监督的权利，这种横向监督机制在很大程度上能够达到有效监督管理的效果以及规范采购人、采购代理机构的行为，保证其能在合法的范围内活动。

本案中采购人所称“工作人员在不认识、不懂行的情况下，稀里糊涂地填写了奢侈品品牌，凑足了三个品牌进行招标”显然站不住脚。即使工作人员真的不认识、不懂行，但是只要认真对待此次采购活动，在严格遵照立法宗旨的前提下，严格执行相关的法条规定，多查阅一些相关资料，那么也就可以轻易地避免此种情况的发生。而且，采购代理机构对采购人违法行为的漠视也需要引起重视。采购代理机构不能为了承接业务而委曲求全，只有规范操作、依法采购，满足采购人的合理采购需求，才能不断赢得好口碑，为自身赢得好的信誉和更多的采购机会。

第六十二条 政府采购评审专家库管理与评审专家 职责履行情况的记录

第六十二条 省级以上人民政府财政部门应当对政府采购评审专家库实行动态管理，具体管理办法由国务院财政部门制定。

采购人或者采购代理机构应当对评审专家在政府采购活动中的职责履行情况予以记录，并及时向财政部门报告。

【条文释义】

本条具体规定了对专家库实行动态管理，以及对评审专家履职行为的监督管理。

一、对评审专家库实行动态管理

2003年财政部、监察部联合印发了《政府采购评审专家管理办法》第三条规定“评审专家实行‘统一条件，分级管理，资源共享，随机选取、管用分离’的管理办法。”本《条例》第三十九条规定“除国务院财政部门规定的情形外，采购人或者采购代理机构应当从政府采购评审专家库中随机抽取评审专家。”评审专家库是选取采购评审专家的唯一来源。根据《政府采购评审专家管理办法》的有关规定，中央和地方均已经建立了政府采购评审专家库以及相关的管理制度。

但是在实践中仍然存在着大量的问题，例如，专家的责任心不强；“专家不专”的现象时有发生；时常出现专家收受贿赂、接受不正当利益的行为等。因此，需要加大对评审专家的监管和处罚力度，从根源上来说，就需要建立完善的评审专家库，从对评审专家的入库、抽取等方面实施动态管理。简而言之，按照严格的条件审查入库的专家，并且定期对已入库的专家进行审核，确保其有评审的资格条件，从而保证评审结果的真实性、合理性和科学性。

对政府采购评审专家实行动态管理，有进有出，绝不搞终身制，有利于保证政府采购的公正化、透明化。加之本条规定和其他条款一并对政府采购评审专家的入库、抽取、评审、处罚、退出等环节做出全面规定，这是《条例》在专家管理制度上的发展和创新。

实行动态管理的专家库这里仅仅限于政府采购评审专家库，也就是说，对从事政府采购评审工作的专家进行相关的管理，管理是由省级以上人民政府财政部门负责实施的，具体管理办法，包括程序、人员等各方面，都由国务院财政部门来制定，省级以上人民政府财政部门负责贯彻实施。

二、记录和报告制度

为加强对评审专家的监督管理,本条第二款设计了对评审专家履行职责进行记录并及时向财政部门报告的监督管理制度,以便最大限度地约束专家公正履行评审职责。记录的主要内容包括:是否遵守评审秩序;是否做到独立评审;是否按照采购文件规定的评审方法和评审标准进行评审;是否在评审报告中签字;是否在与供应商存在利害关系应当回避时不予以回避;是否有接受不正当利益、收受贿赂的违法违规行为,等等。

应当指出的是,财政部《关于进一步规范政府采购评审工作有关问题的通知》第二条规定采购人、采购代理机构“要对评审专家的专业技术水平、职业道德素质和评审工作等情况进行评价,并向财政部门反馈。”本条规定表述为对评审专家的履行职责进行记录而不是评价。记录就是公正地对其行为进行客观描述,没有结论性语言,也不能对评审专家的评审工作做出优、良、合格、不合格等考核性结论。如果由采购人或采购代理机构对评审专家的评审工作进行评价,则可能使评审专家顾忌采购人或代理机构对其的不良记录而走过场,这样就违背了采购制度设计的宗旨。

法律规定该记录应当向财政部门报告,一方面是对个别评审专家滥用权利的威慑,另一方面也是对采购人、采购代理机构可能滥用权利的制约,财政部门应当充分听取双方的意见后做出正确结论。

【案例 7-4】

加强专家评审管理 完善评审专家库^①

【媒体报道】

3月26日,“2014年拟续聘评审专家名单(三)(成都)”在四川政府采购网上进行公示。这是继2013年4月1日《四川省政府采购评审专家管理实施细则(修订)》正式实施以来,四川省对政府采购评审专家聘任到期,专家须参加检验复审合格方可延续聘任资格实施的一项“逗硬”措施。4月7日,记者从四川省财政厅政府采购监管处了解到,此次针对专家延续聘任资格的检验复审分为三批次进行,目前已完成两个批次的工作,第三批次的工作正在进行中。据了解,目前,全省经此检验复审已清理淘汰数百位不合格专家,同时,新进专家也可随机动态加入评审库中。

一、动真格让评审专家有进有退

“根据2003年实施的《四川省政府采购评审专家管理实施细则(修订)》,近期对全省范围内的政府采购评审专家进行检验复审。”据四川省财政厅政府采购监管处相关人士介绍,按新政的要求,评审专家实行聘任制,聘期为2年。为此,2012年入库的全省6000余名评审专家都需参加检验复审以延续聘任资格。“鉴于全省评审专家人数众多,工作量较大,此次检验复审分为三批次进行。”该人士介绍说,第一批次已上报的为乐山、资阳、雅安、巴中、德阳、泸州、内江、宜宾、凉山等9地的评审专家;第二批次已上报的为广元、自贡、遂宁、眉山、南充、广安、达州等7地的评审专家。“前两个批次已分别于2月4日和3月16日进行了专家延续聘任资格的检验复审,两批次检验复审的结果为,未合格专家总数为219人,淘汰率为8.03%。”

据了解,目前正在进行的是第三批次的工作,其拟续聘评审专家名单已处于挂网公示阶段。政府采购监管处相关人士指出,评审专家的素质对提高政府采购工作质量有举足轻重的作用,

^① 加强专家评审管理完善评审专家库,中国政府采购网, <http://www.ccgp.gov.cn>.

加强政府采购评审专家管理，充实、完善评审专家库，建立评审专家进入和退出机制，是加强政府采购监管工作精细化、规范化的要求。

二、年过七旬无专家续聘资格

解东（化名）系医疗设备类手术器材专家。“看到这次的专家延续聘任资格名单上没有我的名字，很是失望。”谈及无望续聘，解东一脸遗憾。对于他而言，与续聘资格擦身而过的原因很简单。“因为几次抽中我为评审专家，需要前去评审，但单位上正好也有事情脱不开身，所以就缺席了。”谈及此次专家延续聘任资格的“逗硬”，他表示，“理解，毕竟确有规定，聘期内未参加过政府采购评审活动的，就已无续聘资格了。”

此外，专家还会因为触及哪些雷区而被清理淘汰？据采购监管处相关工作人员介绍，除上述情况以外，还有有违法违纪行为；未参加评审专家继续教育或教育测试不合格；年龄超过70周岁；不按规定参加资格检验复审等，都会被淘汰。

三、想当专家条件够格可申请

与清理淘汰的专家相对应的是，随时都在申请并增加的新进专家。罗利群（化名），今年58岁。“我想申请成为专用设备大类下的工程机械评审专家。”据罗利群介绍，因多年从事工程机械方面的工作，有着丰富的实践经验，希望自己老有所为，已于近期提交了申请，希望能够成为政府采购评审专家。

“有志成为政府采购评审专家，我们十分欢迎，渠道也十分畅通。”政府采购监管处相关工作人员介绍，申请评审专家聘任资格的申请人需具备一些硬性条件，诸如年龄不超过70周岁；没有违法违纪的不良行为记录；熟悉政府采购相关政策制度和业务理论知识，能胜任政府采购评审工作；具有较高的业务素质和良好的职业道德，承诺在政府采购的评审活动中客观公正、廉洁自律、遵纪守法；具有大学本科以上文化程度或者取得学士学位，从事相关领域工作满8年，中级以上专业技术职称或者具有同等专业水平等。“本次专家延续聘任资格的检验复审工作已接近尾声，四川省部分不合格专家已及时清理淘汰，目前四川省政府采购评审专家库的有效专家为8861人。”相关工作人员指出，通过此次检验复审，专家专业化水平得以进一步提高，专家结构将更为合理。

【法理研究】

评审专家在政府采购活动的全过程中具有重要的地位、发挥积极的作用。评审专家的选取是从评审专家库里随机抽取的。因此，对评审专家库的规范管理是非常值得重视的。《政府采购法》中并没有对评审专家库的规范管理做出细致地规定，在实践中常会发生评审专家库管理不规范、评审专家经常为同一组人、评审专家库里的专家不及时更新、信息落后以及评审专家库里普遍存在“专家不专”等情况，一方面为了解决实践中存在的这些问题，另一方面也为了规范评审专家库的管理，《条例》对此进行了补充，省级以上人民政府财政部门对评审专家库实行动态管理。所谓的动态管理，就是根据实际情况，限定专家的评审期限、规定专家的评审资格、制定专家的淘汰机制等，实现评审专家库里的专家能够做到有进有出，决不搞终身制。这样做才能够保证评审专家真正做到“专家专，结果真”，使专家结构更加合理，从而进一步提高专家的专业化水平，满足政府采购的专业化、信息化、规范化的要求。

第六十三条 政府采购信用信息平台

第六十三条 各级人民政府财政部门和其他有关部门应当加强对参加政府采购活动的供应

商、采购代理机构、评审专家的监督管理，对其不良行为予以记录，并纳入统一的信用信息平台。

【条文释义】

本条规定主要有两方面的内容：第一，各级人民政府财政部门和其他有关部门应当加强对参与政府采购活动的供应商、采购代理机构、评审专家的监督管理；第二，对政府采购活动的供应商、采购代理机构、评审专家的不良行为进行记录，并纳入统一的信用信息平台。

一、政府采购监督管理体制

《政府采购法》第十三条规定：“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责。”第六十七条同时规定“依照法律、行政法规的规定对政府采购行为负有行政监督职责的政府有关部门，应当按照其职责分工，加强对政府采购活动的监督。”可以看出，《政府采购法》的执法部门是一家为主，多家分段执法。该法明确由各级财政部门负责执法，而不是指导协调。其他有关部门在其职责范围内分工主要是国家计划部门负责项目审批和投资计划管理，财政部门要加强对工程建设资金使用管理，建设行政主管部门要在施工市场管理以及质量监理等方面发挥监督作用，监察部门依法对政府采购活动的检查对象实行监察；审计依法对政府采购项目的收支进行审计等。上述规定体现了《政府采购法》行政实体法的内涵，即规范政府部门对政府采购活动执法的权限，称其为行政实体法。

二、对政府采购活动相对人的管理监督

《政府采购法》规范的重点是采购人，但是供应商、采购代理机构、评审专家作为合同相对方或特定行为的参与者在政府采购活动中是否能依法开展活动，也关系到采购项目的成败，因此本条规定应加强对其监督管理。

1. 对供应商的监督管理主要体现在

供应商是否具有《政府采购法》第二十二条规定的参与政府采购活动应当具备的条件；对供应商的履约情况进行验收；供应商是否存在《政府采购法》第七十七条以及《条例》第七十二条规定的违法行为等。

2. 对采购代理机构的监督管理

对集中代理机构进行定期考核；集中代理机构以外的采购代理机构是否在代理的权限范围内从事采购活动；是否具有《政府采购法》第七十一条、第七十二条、第七十六条以及《条例》第六十八条、第六十九条规定的违法行为等。

3. 对评审专家的监督管理

是否按照采购文件中规定的评审方法、评审标准进行独立评审；是否存在与供应商存在利害关系应当回避而不予以回避的；是否收受贿赂和不正当利益等。

三、对供应商、采购代理机构、评审专家不良行为的监督管理

1. 不良行为

（1）供应商的不良行为主要是《政府采购法》第七十七条、《条例》第七十二条、七十四条所列行为；

（2）采购代理机构的不良行为主要是《政府采购法》第七十一条、第七十二条、第七十六

条、《条例》第六十八条、第六十九条所列行为；

(3) 评审专家的不良行为主要是，《条例》第七十五条所列行为。

2. 对不良行为监督手段的补充

本条补充了相关政府监督管理部门监督的手段：对当事人的不良行为予以记录，并纳入统一信用信息平台，即建立信息披露制度。政府有关部门对各种违法行为的处罚首先予以记录，其次纳入统一的信用信息平台。所谓统一，就是指全国统一，各行业、各行政区域之间实现联通，建立“一地处罚、处处受制”的失信惩戒机制，使失信者“一处违法，寸步难行”。所谓信用指企业履约的诚信度，即信息披露制度推进了市场信用制度的建设。

该项制度的建立必将有助于全社会建立健全信用监管体制，完善信用服务市场体系，使失信惩戒体制发挥作用，提高全社会的诚信意识，促进了经济的发展繁荣。

2014年6月，国务院《关于印发社会信用体系建设规划纲要（2014—2020年）的通知》中“政府采购领域信用建设。加强政府采购信用管理，强化联动惩戒，保护政府采购当事人的合法权益。制定供应商、评审专家、政府采购代理机构以及相关从业人员的信用记录标准。依法建立政府采购供应商不良行为记录名单，对列入不良行为记录名单的供应商，在一定期限内禁止参加政府采购活动。完善政府采购市场的准入和退出机制，充分利用工商、税务、金融、检察等其他部门提供的信用信息，加强对政府采购当事人和相关人员的信用管理。加快建设全国统一的政府采购管理交易系统，提高政府采购活动透明度，实现信用信息的统一发布和共享。”

依据2013年财政部《关于印发〈全国政府采购管理交易系统建设总体规划〉》的部署，财政部门将建设两个业务平台，一是政府采购监督管理平台；另一个是政府采购交易平台。该平台在全国实现互联互通。在地方和部门建立公共服务和交易平台的基础上，为落实国务院《社会信用体系建设规划纲要》，2015年7月1日国务院审议通过《整合建立统一的公共资源交易平台方案》决定整合分散设立的工程建设项目招投标、土地使用权和矿业权出让、国有产权交易、政府采购等公共资源交易市场，以管理创新促进资源配置高效透明。《方案》坚持以问题为导向，突出改革，强化创新，明确提出了全国公共资源交易平台的整合目标：即在2016年6月底前，地方各级政府基本完成整合工作；2017年6月底前，在全国范围形成规则统一、公开透明、服务高效、监督规范的公共资源交易平台体系。

目前，在全国统一的公共资源服务信息系统没有联网之前，各部门和行业应当在其范围内将发现的违法行为将作为不良记录纳入统一信用信息平台，至少在本系统使违法和不诚信行为付出难以承受的代价，将来全国联网后，我国的工程建设项目和政府采购市场秩序必将会得到根本的改善。

【案例 7-5】

中国将提高政府采购透明度 信用信息统一发布共享^①

【媒体报道】

中新网2014年6月27日电 据中国政府网消息，国务院日前发布《社会信用体系建设规划纲要》（以下简称《纲要》）指出，推进政府采购领域信用建设，加快建设全国统一的政府采购管理交易系统，提高政府采购活动透明度，实现信用信息的统一发布和共享。

《纲要》指出，推进政府采购领域信用建设。加强政府采购信用管理，强化联动惩戒，保

^① 中国将提高政府采购透明度信用信息统一发布共享，中国新闻网，<http://news.xinhuanet.com>.

护政府采购当事人的合法权益。制定供应商、评审专家、政府采购代理机构以及相关从业人员的信用记录标准。依法建立政府采购供应商不良行为记录名单，对列入不良行为记录名单的供应商，在一定期限内禁止参加政府采购活动。

《纲要》指出，完善政府采购市场的准入和退出机制，充分利用工商、税务、金融、检察等相关部门提供的信用信息，加强对政府采购当事人和相关人员的信用管理。加快建设全国统一的政府采购管理交易系统，提高政府采购活动透明度，实现信用信息的统一发布和共享。

【法理研究】

建立一个公共的信用信息平台是财政部门加强监督管理的必要手段，也是全面、认真贯彻《政府采购法》诚实信用原则的重要举措。早在《条例》还没有实施之前，2014年6月，国务院发布的《社会信用体系建设规划纲要》（以下简称《纲要》）就指出，“推进政府采购领域信用建设，加快建设全国统一的政府采购管理交易系统，提高政府采购活动透明度，实现信用信息的统一发布和共享”，就强调了建立公共的政府采购领域信用建设的重要性。因此，《条例》当中就着重补充了统一的信用信息平台对于监督管理的重要性，需要将参加政府采购活动的供应商、采购代理机构、评审专家的不良行为统统纳入到统一的信用信息平台之中，一方面是财政部门加强监督管理的一种有效手段，另一方面会给予不良行为者以警告、威慑，净化采购环境，建立全面的信息共享机制。

第六十四条 财政部门的监督检查权

第六十四条 各级人民政府财政部门对政府采购活动进行监督检查，有权查阅、复制有关文件、资料，相关单位和人员应当予以配合。

【条文释义】

本条赋予了财政部门在监督检查的过程中所享有的权利，以及相关单位、人员的义务，但并未规定财政部门在监督检查过程中应采取的方式、手段。

一、法律对财政部门监督检查的授权

行政监督部门依法对监督对象进行行政执法，包括进行必要的行政处罚，依据《行政处罚法》的规定，必须经过法律授权。本条即是对各级财政部门依法行政包括行政处罚的授权。

各级人民政府财政部门对参加政府采购活动的供应商、采购代理机构以及评审专家负有监督检查的职责，在进行监督检查的过程中，财政部门享有查阅、复制有关文件、资料的权利，该授权有利于财政部门更好的实施监督检查职能，保证政府采购活动的公正透明化。主要包括：向相关人员询问调查、听取意见；要求有关当事人提供文件、资料以供查阅、复制等。

二、执法对象相应的义务

根据“权利义务相等”原则，法律在授权执法部门依法行政的同时，也规定了执法对象应尽的义务。各级政府财政部门在执法中对相关的文件、资料要求查阅、复制时，相关单位和人员应当予以配合，这是一项法定义务，必须履行和遵守，一方面有利于加强自身的监督，另一方面有利于财政部门监督检查工作的顺利开展。主要包括：主动提供需要查阅、复制的文件、资料；如实陈述相关情况，不得隐瞒；不得隐匿、销毁有关的文件、资料等。

【案例 7-6】

上海万×市政工程有限公司与高×市财政局不履行法定职责案^①

【案情简介】

经审理查明,2013 年 6 月 14 日,原告和南×公司等参加了高×市教育局电教中心关于高×市菱塘民族中等专业学校等三所学校塑胶运动场采购项目的公开招投标活动,经过评审确定南×公司为第一中标人,原告为第二中标人。在评标过程中,原告认为第一中标人南×公司投标文件《开标一览表》中的施工工期、免费保修期均为空白,未严格按照规定格式填写,未实质性响应招标文件,应认定为废标。6 月 17 日,在中标公示期间原告向采购人高×市教育局提出质疑,6 月 24 日,高×市教育局电教中心做出答复。6 月 27 日,原告又向高×市政府采购中心投诉,7 月 26 日高×市政府采购办公室向原告发出答复函。6 月 28 日,南×公司与市教育局电教站签订了合同。7 月 4 日,高×市政府采购办向教育局发出中止合同的函。8 月中旬,扬州市纪委及高×市纪委介入该案,9 月 13 日,在扬州市纪委、财政局招标处、高×市纪委执法室、市政府采购办、市教育局的现场监督下,对该项目的中标人进行了复评,结果是原第一中标人有效。

本案争议的焦点是:第三人南×公司的投标文件《开标一览表》中的施工工期、免费保修期均为空白,评标委员会认定投标有效,是否符合招标文件和法律规定;被告对第三人高×市教育局的招投标活动是否履行了监督管理的职责;被告对原告的投诉做出的答复是否合法。

被告对第三人高×市教育局的招投标活动是否履行了监督管理的职责。

2013 年 6 月 27 日原告向被告投诉,被告于次日便决定暂停合同的签订;7 月 4 日,向高×市教育局电教站发出了《关于高×市菱塘民族中等专业学校等三所学校塑胶运动场采购项目中止合同函》;7 月 26 日,向原告发出了答复函,对投诉的事项以答复函的形式做出处理;8 月 12 日,向高×市纪委报送《高×市菱塘民族中等专业学校等三所学校塑胶运动场采购项目招投标投诉事项的有关建议》,建议市纪委对该事项进行调查处理;9 月 5 日,高×市政府采购办向高×市教育局电教站发出《关于高×市菱塘民族中等专业学校等三所学校塑胶运动场采购项目暂停支付采购资金及相关活动的函》;9 月 13 日,被告同第三人高×市教育局组织对该项目进行复审。且被告自 2013 年 6 月 27 日开始一直在研究处理关于该项目的中标情况,并在多部门的监督下进行了复审。因此,被告对原告的投诉不但进行了答复,而且做出了一系列的处理行为。上述行为足以证明被告对第三人高×市教育局的招投标活动是否履行了监督管理的职责。

【法理研究】

本案的争议焦点之一就是:被告高×市财政局对高×市教育局的招投标活动是否履行了监督管理的职责。财政部门对政府采购活动负有法定的监督管理权,同样也是一项法定的义务,各级财政部门应当按期及时组织监督管理活动。法院认为,被告高×市财政局依法对投诉事项发出答复函、组织复审等一系列的处理行为,足以证明被告高×市财政局依法对高×市教育局的招投标活动是履行了监督管理的职责。

《中华人民共和国采购法》第十三条“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理部门,依法履行对政府采购活动的监督管理职责”。各级人民政府财政部门是政府采购活动的主

^① 江苏省高邮市人民法院,邮行初字第 1 号。裁判文书分享平台, <http://www.caseshare.cn>。

要监督主体，有权对政府采购的全过程进行全方位的监督管理，因此，在实施监督管理的过程中，应当赋予其一些相应的辅助权利，使其监督管理职权能够得到更好的发挥，例如，赋予财政部门有查阅、复制有关文件、资料的权利，相关单位、人员应当予以相应的配合。财政部门介入到正在进行的政府采购活动，要想以较短的时间全面的了解此次采购活动的进度、开展情况、当事人情况、采购程序、采购结果等，查阅有关资料、文件是最方便、快捷的方式，因此，从法律条文的层面上赋予财政部门此项权利，是很有必要的，也是在实践中开展采购活动所必需的。

第六十五条 政府有关部门监督、通报制度

第六十五条 审计机关、监察机关以及其他有关部门依法对政府采购活动实施监督，发现采购当事人有违法行为的，应当及时通报财政部门。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第六十八条、第六十九条内容程序的补充规定。

《政府采购法》第六十八条规定“审计机关应当对政府采购进行审计监督。政府采购监督管理部门、政府采购各当事人有关政府采购活动，应当接受审计机关的审计监督。”第六十九条规定“监察机关应当加强对参与政府采购活动的国家机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员实施监察。”

一、建立通报制度的必要性

政府采购监督管理制度是一种以各级财政部门为主，政府有关部门分段执法的管理体制。由于监督管理的分工不同，为了对政府采购活动中的各种违法行为形成合力，产生统一、震慑的监督管理效果，政府各有关部门必须各司其职的基础上协同配合，因此建立制度化的通报制度势在必行。

二、审计机关的监督

审计机关是各级人民政府依法设立的、对本级政府各部门和下级政府预算的执行情况和决算以及其他财政性资金的管理和使用情况进行审计监督的专门机构。《中华人民共和国审计法》第二条第二款规定“国务院各部门和地方各级人民政府及其各部门的财政收支，国有的金融机构和企业事业组织的财务收支，以及其他依照本法规定应当接受审计的财政收支、财务收支，依照本法规定接受审计监督。”因此，政府采购应当接受审计机关的审计监督。

审计机关对政府采购实行全方位的监督，既包括对采购资金预算执行情况的监督，也包括对采购活动整个过程的监督；既包括对供应商的监督，也包括对采购人、采购代理机构的监督。《审计法》第四章审计的权限，通过一章的内容对审计机关的权限做出了明确的规定。

在实践中，审计机关若是依法在监督过程中发现采购当事人有违法行为时，应当及时通报财政部门。

三、监察机关的监督

监察机关是指县级以上人民政府依法设立的行使监察职能的机关，依法履行对国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员实施监察的职责。监察机关对政府采购当事人的监督仅限于参与政府采购活动的国家机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员这三

类行为主体。

在政府采购中引入监察监督,有利于发挥监察机关的职能,预防采购过程中腐败问题的出现,同时能够构建有效的预防和惩治腐败的管理机制,使采购活动更加廉洁透明。

在实践中,若是监察机关依法在监督过程中发现监督主体存在违法行为的,应当及时通报财政部门。

四、有关部门的监督

有关部门是指除审计机关、监察机关以外,依照法律、行政法规的规定,对政府采购活动负有监督管理职责的政府其他有关部门。例如《招标投标法实施条例》第四条第一款规定“国务院发展改革部门指导和协调全国招标投标工作,对国家重大建设项目的工程招标投标活动实施监督检查。国务院工业和信息化、住房城乡建设、交通运输、铁道、水利、商务等部门,按照规定的职责分工对有关招标投标活动实施监督。”

在实践中,有关部门在依法实施监督的过程中,发现采购当事人有违法行为时,应当及时通报财政部门。

【案例 7-7】

江西九×五商贸有限公司诉绥×县财政局撤销废标通知案^①

【案情简介】

经审理查明:2014年2月24日绥×县卫生和食品药品监督管理局向绥×县人民政府请示,同意绥×县人民医院采购1.5T磁共振成像系统一套、CT及数字胃肠机一台,资金来源方式为绥×县人民医院自筹,纳入政府采购,并请绥×县政府办、财政局、监察局、发改局、卫监局等部门监督下公开采购。2014年5月7日绥×县人民医院与贵州鹏×国际机电设备招标有限公司签订了政府采购项目委托招标代理协议书,委托贵州鹏×国际机电设备招标有限公司对采购的1.5T磁共振成像系统一套、CT及数字胃肠机一台,在国内进行国际招标采购,要求在中国国际招标网上发布招标公告。其间第三人贵州鹏×国际机电设备招标有限公司分别在中国国际招标网和政府采购网上发布了招标公告,在抽取专家论证参数时第三人贵州鹏×国际机电设备招标有限公司未通知绥×县财政局、绥×县人民医院到场参加,也未对专家评审及评标过程进行全程录音录像。2014年6月25日贵州鹏×国际机电设备招标有限公司向江西九×商贸有限公司发出机电产品国际招标中标通知书,其内容为:中标单位:江西九×商贸有限公司(招标编号:0637—14xxx0082/02);设备名称:CT及数字胃肠机,数量一台;成交合同金额:1428万元人民币。2014年7月1日绥×县财政局以贵州鹏×国际机电设备招标有限公司违反了有关抽取专家和评审现场要全过程录音录像的强制性规定,根据《机电产品国际招标投标实施办法》第三章第十一条、财库(2003)119号第十九条和财库(2012)69号第二项的相关规定和《政府采购法》第三十六条第二款之规定,向绥×县人民医院发出废标通知,绥×县人民医院将绥×县财政局做出的废标通知口头向贵州鹏×国际机电设备招标有限公司进行了转告。原告江西九×商贸有限公司在绥×县人民医院得知废标通知后,向遵义市人民政府提出行政复议,遵义市人民政府于2014年9月25日做出遵府行复(2014)253号行政复议决定,维持绥×县财政局于2014年7月1日做出的废标通知。原告遂向本院提起行政诉讼。

^① 贵州省绥阳县人民法院,绥行初字第20号。裁判文书分享平台, <http://www.caseshare.cn>。

本院认为,依据《中华人民共和国采购法》第十三条“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理部门,依法履行对政府采购活动的监督管理职责”之规定,本案被告具有对本级政府所涉及的政府采购进行监督和管理的法定职责和主体资格。第三人绥×县人民医院对采购医疗器械设备,其资金来源虽属自筹资金,但其主管部门已向绥×县人民政府做出请示将此次采购纳入政府采购范围,并明确了监督部门;并且第三人绥×县人民医院与贵州鹏×国际机电设备招标有限公司所签订的政府采购项目委托招标代理协议,也是按照《中华人民共和国采购法》的相关规定所签订的,第三人绥×县人民医院的采购行为应属政府采购。被告依据第三人贵州鹏×国际机电设备招标有限公司在抽取专家论证参数未通知采购人绥×县人民医院及监督人绥×县财政局到场参加和未对专家评审评标过程实施全程录音录像的事实,依照《中华人民共和国采购法》第三十六条“在招标采购中,出现下列情形之一的,应予废标:(二)出现影响采购公正的违法、违规行为的;”之规定,向第三人绥×县人民医院做出废标通知,并无不当。第三人贵州鹏×国际机电设备招标有限公司在此次招标活动中所依照的《机电产品国际招标投标实施办法(试行)》和《中华人民共和国政府采购法》并无矛盾,原告主张的此次招标事项属于机电设备国际招标采购,并非政府采购。其招标的程序应按照商务部《机电产品国际招标投标实施办法(试行)》办理,而不适用《中华人民共和国采购法》的理由不充分,其要求撤销被告做出的废标通知的请求不应支持。

【法理研究】

在本案当中,此采购项目是在绥×县政府办、财政局、监察局、发改局、卫监局等部门监督下进行的公开采购。

政府采购监督管理部门不仅仅包括各级人民政府财政部门,还包括审计部门和监察部门。审计机关对政府采购活动进行审计监督,对象包括参与政府采购的各个当事人,而监察机关的监察监督对象仅是:参与政府采购活动的国家机关、国家公务员、国家行政机关任命的其他人员。监察监督的对象较审计监督范围小,局限性大。在实践中,不仅仅要充分发挥财政部门的监督管理作用,同时还要加大审计机关、监察机关在政府采购活动当中的监督性功能,建设“三位一体”的监督机制,完善政府采购活动的监督管理制度,形成全方位的监管模式,改变实践中“只能依靠财政部门进行监督管理”的错误观念,从而使政府采购活动更加公正、透明。

参 考 文 献

1. 书籍

- [1] 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著. 中华人民共和国政府采购法实施条例释义[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2015 年第一版.
- [2] 朱少平, 张通主编. 中华人民共和国政府采购法释义[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2002 年版.

2. 网站

- [1] 陈川生. 论招标采购专业技术人员行为规范的法律基础. 山西招标网, <http://www.sxbid.com.cn>, 2009-04-29.

第八章 法律 责任

第六十六条 明确规定的应予罚款的具体数量限额

第六十六条 政府采购法第七十一条规定的罚款，数额为 10 万元以下。

政府采购法第七十二条规定的罚款，数额为 5 万元以上 25 万元以下。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第七十一条、第七十二条应予罚款具体数额的明确规定。

一、明确罚款具体数额的必要性

我国的行政法律责任是指行政法律关系的主体违法了有关的行政法律法规而应当承担的行政法律后果，主要包括：行政处罚和行政处分。行政责任实现是各项行政法律制度得以有效贯彻执行的根本保障，行政责任能否有效实现关系到正当法律秩序的建构，关系到法治政府建设与依法行政推进的成效。

《政府采购法》第七十一条、第七十二条关于采购人和采购代理机构法律责任的规定，只是设定了“可以并处罚款”、“处以罚款”的罚款处罚种类，没有提及罚款的具体数额及其幅度，以至于行政机关滥用这一裁量性授权的风险极大。因此，《条例》第六十六条做出了具体规定，“政府采购法第七十一条规定的罚款，数额为 10 万元以下。政府采购法第七十二条规定的罚款，数额为 5 万元以上 25 万元以下。”明确了《政府采购法》笼统规定的应予罚款的具体数量限额（包括下限 5 万元或者上限 25 万元），有助于提高全国行政机关使用这一裁量性授权的统一度。

二、明确具体的罚款数

行政处罚是指有行政处罚权的行政机关、法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，以及经行政机关依法授权的符合《行政处罚法》第十九相关条件的组织，对违反行政法律法规但尚未构成犯罪的公民、法人和其他组织给予行政制裁的具体行政行为。行政处罚是行政机关运用较为广泛的行政管理行为，它直接影响着公民、法人和其他组织的权益，具有较强的法律性，必须用法律进行规范，不仅是行政处罚法的主要内容，也是实现行政机关在新形势下“依法行政”要求的关键之一。

《行政处罚法》第八条规定“行政处罚的种类：

- （一）警告；
- （二）罚款；
- （三）没收违法所得、没收非法财物；
- （四）责令停产停业；
- （五）暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；
- （六）行政拘留；
- （七）法律、行政法规规定的其他行政处罚。”

行政处分是指国家机关、企事业单位对所属的国家工作人员以及国家机关委派到企业、事业单位任职的人员的违法失职行为尚不构成犯罪，依据法律、行政法规规定的权限而给予的一

种惩戒。

根据《公务员法》第五十六条规定“处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。”

《政府采购法》第七十一条规定：“采购人、采购代理机构有下列情形之一的，责令限期改正，给予警告，可以并处罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由其行政主管部门或者有关机关给予处分，并予通报：

- （一）应当采用公开招标方式而擅自采用其他方式采购的；
- （二）擅自提高采购标准的；
- （三）委托不具备政府采购业务代理资格的机构办理采购事务的；
- （四）以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇的；
- （五）在招标采购过程中与投标人进行协商谈判的；
- （六）中标、成交通知书发出后不与中标、成交供应商签订采购合同的；
- （七）拒绝有关部门依法实施监督检查的。”

本条规定采购人、采购代理机构应承担的法律责任是行政法律责任，包括责令限期改正、警告、罚款的行政处罚和对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分。

《政府采购法》第七十二条规定“采购人、采购代理机构及其工作人员有下列情形之一的，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，处以罚款，有违法所得的，并处没收违法所得，属于国家机关工作人员的，依法给予行政处分：

- （一）与供应商或者采购代理机构恶意串通的；
- （二）在采购过程中接受贿赂或者获取其他不正当利益的；
- （三）在有关部门依法实施的监督检查中提供虚假情况的；
- （四）开标前泄露标底的。”

本条规定采购人、采购代理机构应承担的行政法律责任主要是罚款、没收违法所得的行政处罚和对国家机关工作人员依法给予行政处分。

上述两条均没有对罚款的数额做出明确的规定，本《条例》对此做了补充规定，“政府采购法第七十一条规定的罚款，数额为10万元以下；政府采购法第七十二条规定的罚款，数额为5万元以上25万元以下。”依法做出多少数额的罚款在一定程度上取决于财政部门的自由裁量权。必须明确行使财政行政处罚自由裁量权应当遵循的原则：坚持合法裁量，财政部门行使行政处罚自由裁量权，不得与法律、法规和规章的规定相抵触；坚持合理裁量，财政行政处罚应当与当事人的过错程度、造成的社会危害程度相一致；坚持综合裁量，界定违法程度、做出处罚决定应当综合考虑财政违法行为的事实、性质、情节、主客观因素，以及造成的社会危害程度等因素。

三、财政部门的行政处罚裁量权

为了规范财政部门行使行政处罚裁量权行为，促进财政部门依法、公平、公正实施行政处罚，提高财政行政执法水平，保护公民、法人和其他组织的合法权益，根据《中华人民共和国行政处罚法》等规定和国务院《全面推进依法行政实施纲要》《关于加强法治政府建设的意见》的要求，结合财政执法实际，制定了《财政部门行使行政处罚裁量权指导规范》，主要内容是对财政部门行使行政处罚裁量权的相关内容进行细化和说明，主要包括：裁量应遵循的原则、程序制度、处罚情形等。因此，财政部门对采购人、采购代理机构做出罚款的行政处罚时，具体数额的确定应当根据该规范的相关规定执行。

【案例 8-1】

刘×受贿案^①

【案情简介】

原审判决认定：玩忽职守事实。

2011 年 4 月，分×县农业局委托分×县公共资源交易中心对蔬菜标准钢架大棚项目进行公开招标，分×县农业局班子成员开会研究决定钢架大棚标底的最高限价为人民币 6000 元。作为招标组工作人员之一的被告人刘×，在公开招标前便将钢架大棚的标底透露给南昌县新×农业机械有限公司（下称“新×公司”）总经理何一某（另案处理）。后刘×与何一某以及分×县钤×农机销售公司（下称“钤×公司”）总经理夏侯某在分×县“老表人家”饭店吃中饭时，何一某和夏侯某商量串标一事，被告人刘×在现场既不阻止串标行为也不向有关部门报告，放任串标行为的发生。后何一某、夏侯某和江西爱××农业科技发展有限公司（下称“爱××公司”）董事长彭一某（另案处理）商量决定由爱××公司中标，每个大棚给予新×公司 1000 多元的好处费，给没有参与投标的公司 5 万元，给夏侯某个人 3 万元的好处费。招标当日，只有爱××公司、新×公司和南昌巨×公司三家公司参与招标，爱××公司最终以人民币 5950 元的价格中标。

【法理研究】

在本案中，作为招标组工作人员之一的被告人刘×，在公开招标前便将钢架大棚的标底透露给南昌县新×农业机械有限公司总经理何一某后，刘×和何一某且何一某和夏侯某商量串标一事，被告人刘×在现场既不阻止串标行为也不向有关部门报告，放任串标行为的发生。被告人刘×的行为严重违反了《政府采购法》第七十二条第一项、第四项规定，需要承担相应的法律责任。

“尚不构成犯罪的，处以罚款”，法条仅规定了处以罚款的处罚类型，但至于罚款具体数额并没有成文规定。《条例》对罚款的数额范围做了限制，“政府采购法第七十二条规定的罚款，数额为 5 万元以上 25 万元以下”，可以有效地避免实践中财政部门滥处罚款、滥处罚款金额。因此，对于本案当中被告人刘×的罚款数额应当在此数额范围之内，不得高于，也不得低于，至于应当处罚多少，财政部门视具体情况而定。

第六十七条 采购人违法采购的法律责任

第六十七条 采购人有下列情形之一的，由财政部门责令限期改正，给予警告，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分，并予以通报：

- （一）未按照规定编制政府采购实施计划或者未按照规定将政府采购实施计划报本级人民政府财政部门备案；
- （二）将应当进行公开招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避公开招标；
- （三）未按照规定在评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组推荐的中标或者成交候选人中确定中标或者成交供应商；

^① 江西省新余市中级人民法院，余刑二终字第 44 号，裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

- (四) 未按照采购文件确定的事项签订政府采购合同;
- (五) 政府采购合同履行中追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的采购金额超过原合同采购金额 10%;
- (六) 擅自变更、中止或者终止政府采购合同;
- (七) 未按照规定公告政府采购合同;
- (八) 未按照规定时间将政府采购合同副本报本级人民政府财政部门 and 有关部门备案。

【条文释义】

本条在《政府采购法》规定的法律责任下设立了违法行为的新情形,本条的适用主体为采购人。

一、采购人不当行为的表现形式

(一) 采购人违反制定政府采购实施计划的义务

未按照规定编制政府采购实施计划或者未按照规定将政府采购实施计划报本级人民政府财政部门备案,自然属于采购人的不当行为。

根据《政府采购法》第二十九条的规定,“采购人应当根据集中采购目录、采购限额标准和已批复的部门预算编制政府采购实施计划,报本级人民政府财政部门备案。”该条款规定了采购人制定政府采购实施计划的义务,应当根据集中采购目录、采购限额标准以及已批复的部门预算来编制政府采购实施计划。采购实施计划是采购人实施采购活动的依据,并且应当报本级人民政府财政部门备案,两种行为缺一不可。因为政府采购实施计划不仅仅是采购人进行采购活动的依据,而且也是财政部门实施监督检查活动的依据。

(二) 规避公开招标

将应当进行公开招标的项目化整为零,或者以其他任何方式规避公开招标,自然也属于采购人的不当行为。

《政府采购法》第二十八条明确规定,“采购人不得将应当以公开招标方式采购的货物或者服务化整为零或者以其他任何方式规避公开招标采购。”本《条例》第二十八条规定,“在一个财政年度内,采购人将一个预算项目下的同一品目或者类别的货物、服务采用公开招标以外的方式多次采购,累计资金数额超过公开招标数额标准的,属于以化整为零方式规避公开招标,但项目预算调整或者经批准采用公开招标以外方式采购除外。”该条对“化整为零”的规避方式进行了定义。采购公开招标数额标准以上的货物、工程和服务类项目,必须实行公开招标方式。因特殊情况需要采用公开招标方式以外采购方式的,应在政府采购活动开始前报省财政厅批准,不得将应当以公开招标方式进行采购的项目化整为零或者以其他任何方式规避公开招标采购。同一采购项目不能采用非公开招标方式采购两次以上。本项中规定的“其他任何方式”,是一种兜底性的条款,在实践中主要表现在对非保密项目实施采购以规避公开招标等。

(三) 违反中标或成交程序

未按照规定在评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组推荐的中标或者成交候选人中确定中标或者成交供应商,自然同样属于采购人的不当行为。

《条例》第四十三条第一款规定,“采购人应当自收到评审报告之日起5个工作日内在评审报告推荐的中标或者成交候选人中按顺序确定中标或者成交供应商。”本条款明确规定,采购人应当在评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组推荐的中标或者成交候选人中,按顺序来确定中标或者成交供应商。

(四) 未按照采购文件确定的事项签订政府采购合同

《政府采购法》第四十六条第一款规定,“采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起三十日内,按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。”本条明确规定,采购人与中标、成交供应商应当按照采购文件确定的事项来签订政府采购合同。

这里的采购文件是指招标文件、投标文件、竞争性谈判文件、询价通知书等。采购文件确定的事项主要包括:采购标的、数量、质量、价款、履行期限以及合同签订、责任追究等。为了保证采购合同的顺利签订,为了保障采购当事人的合法权益,采购人与中标、成交供应商应当按照采购文件确定的事项签订政府采购合同,否则采购文件的编制就会流于形式,对采购活动产生消极的影响。

(五) 政府采购对追加合同标的之采购金额的限制

政府采购合同履行中追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的采购金额超过原合同采购金额10%。

《政府采购法》第四十九条明确规定,“政府采购合同履行中,采购人需追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的,在不改变合同其他条款的前提下,可以与供应商协商签订补充合同,但所有补充合同的采购金额不得超过原合同采购金额的百分之十。”该条明确规定,政府采购合同履行中追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的采购金额不得超过原合同采购金额10%。

如何正确地履行政府采购合同,《政府采购法》第五章做了明确规定,同时,对履约过程中不追加合同标的,不能满足采购项目实际需要的情况,《政府采购法》第三十一条、第三十三条、第四十九条也做了原则性规定。多数采购单位在追加合同标的时,能够按照规定办理,但仍存在一些问题。因此,《条例》补充追加合同标的需要注意三方面的内容:首先,所追加的合同标的应当是与原合同标的相同的货物、工程或者服务;其次,不得改变合同的其他条款;最后,追加的合同采购金额不得超过原合同采购金额的10%。

(六) 擅自变更、中止或者终止政府采购合同

(1) 禁止政府采购合同双方当事人擅自变更合同。

《政府采购法》第五十条第一款规定,“政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同。政府采购合同继续履行将损害国家利益和社会公共利益的,双方当事人应当变更、中止或者终止合同。有过错的一方应当承担赔偿责任,双方都有过错的,各自承担相应的责任。”

为了保证政府采购活动的权威性,法律明确禁止政府采购合同双方当事人擅自变更、中止或者终止合同,除了法律明确规定的例外情形,政府采购合同继续履行将损害国家利益或者社会公共利益的,否则,需承担相应的行政责任。

从该条规定可以反推出《政府采购法》是允许采购人、供应商变更政府采购合同的,只是不能擅自变更而已。既然政府采购合同适用《合同法》,而《合同法》规定,只要经过合同

双方当事人的协商同意，是完全可以变更合同的。因此，政府采购合同变更的程序是协商一致，协商一致的过程就是要约和承诺的过程。

这里所谓的政府采购合同之变更，是指有效成立的合同在未履行或者尚未履行完毕之前，其合同内容发生了实质性的变更。合同约定了一定事实所导致的法律效果，在该事实出现以后，当事人一方所为一定行为含有的意思与该合同约定的法律效果正好相反，另一方当事人对此保持沉默，没有主张该合同约定的法律效果，此时，应当认定当事人一方所为行为与另一方当事人的沉默达成了变更该合同的合意，该合同已经变更。采购合同内容可以根据《合同法》第十二条的规定加以确定，一般包括：当事人的名称或者姓名和住所；标的；数量；质量；价款或者报酬；履行期限、地点和方式；违约责任；解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

（2）禁止政府采购合同双方当事人擅自中止合同。

所谓的合同中止，是指在合同的履行过程中，出现了法定的或者约定的情形导致采购合同暂时无法履行下去，合同的权利、义务处于停止状态，暂停合同的履行。

（3）政府采购合同的消灭。

现行《合同法》的“合同权利义务终止”实际包括了合同消灭、合同解除和合同终止两个方面的内容。合同解除或合同终止则因当事人行使解除权或终止权使合同关系溯及力消灭或仅向将来消灭。所谓的合同终止，是指合同当事人的权利、义务归于消灭，合同处于不再履行的状态。根据《合同法》第九十一条的规定合同的权利义务终止的情形包括：债务已经按照约定履行；合同解除；债务相互抵消；债务人依法将标的物提存；债权人免除债务；债权债务同归于一人；法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

（七）未按照规定公告政府采购合同

公正透明是政府采购应当遵循的原则之一，所谓的公开透明原则，也称政府采购透明度原则，是指有关政府采购的立法、政策、程序和采购活动等各种信息和环节都要公开，并保证其能被及时获得了解或查证。它要求政府采购的整个过程都要保持一定透明度。公开透明原则是实现政府采购法的价值目标的必然要求。

因此，为了加强政府采购活动的透明度和公正性，加强有关部门对政府采购活动的监督，因此，对政府采购合同应当进行公告，公开政府采购合同。本《条例》第五十条规定：“采购人应当自政府采购合同签订之日起2个工作日内，将政府采购合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告，但政府采购合同中涉及国家秘密、商业秘密的内容除外。”本条明确规定，采购人应当将政府采购合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上进行公告，除了法律明确规定的例外情形，政府采购合同中涉及国家秘密、商业秘密，无需公告以外，其他若不公告，需承担相应的行政责任。

（八）未按照规定时间将政府采购合同副本报本级人民政府财政部门 and 有关部门备案

《政府采购法》第四十七条明确规定，“采购人应当在采购合同签订之日起7个工作日内，将政府采购合同副本报本级人民政府财政部门 and 有关部门备案。”

政府采购合同是采购人与供应商履行合同权利、义务的依据，也是政府采购监督管理部门依法对采购人的采购行为进行监督管理的依据。因此，有必要对政府采购合同的副本进行备案管理。

二、政府采购执法主体及其处罚方式

作为政府采购执法主体的财政部门，对政府采购违法行为，依法可以责令限期改正，给予警告，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分，并予以通报。

（1）责令限期改正。

即要求采购人在一定期限内停止违法行为，并予以改正。这就说明采购人的行为具有可纠正性。严格的来说，责令改正，作为一种常用的重要行政管理手段，具有灵活性、可操作性强等特点，其本身不是制裁，只是要求违法行为人履行法定义务，停止违法行为，消除其不良后果，恢复原状，也就是说，督促采购人对违法行为进行自我纠正的一种救济性措施，要求责任人履行法定义务。

（2）给予警告。

即给予采购人警告处罚。这里的警告属于行政处罚的范畴，是一项处罚力度相对较轻的处罚方式。

（3）对直接负责主管和其他责任人依法予以处分。

（4）予以通报。

处分对象是单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处分主要是行政处分，并且需要通报。根据《公务员法》第五十六条规定，“处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。”

本条款中并没有对具体何种情形下，适用何种处分方式做出明确的规定，在实践中要视具体情况而定，根据违法行为的恶性程度、主观故意等，给予相关责任人不同的处分方式。值得注意的是，财政部门应当建议违法采购人的上级主管行政部门或者有关的监察部门依法给予相关责任人行政处分，财政部门不能自行做出处分决定。在依法给予直接负责的主管人员和其他责任人员行政处分之后，应当根据相关规定，予以通报。行政责任适用于本条规定的所有违法行为。

【案例 8-2】

临×县沙河水利管理所与甘肃沙×建筑装饰工程有限责任公司 建设工程施工合同纠纷上诉案^①

【案情简介】

一审法院查明，临×县沙河水管所综合楼工程原设计为砖混结构四层，由原张掖地区建筑设计院设计。2001 年办理报建手续时，被告临×县沙河水利管理所只建设二层。经招标，原告甘肃沙×建筑装饰工程有限责任公司（实际施工人为蓝吉×）中标承建。蓝吉×完成该综合楼基础工程及一层、二层主体工程后，因被告的资金不到位，于 2002 年停工，被告与蓝吉×进行了决算。2006 年 8 月 10 日，被告在对综合楼剩余工程施工未办理招投标及施工许可的情况下，原、被告又签订了《建设工程施工合同》，被告将其综合楼未完工程发包给原告承建（实际施工人为郭天×）。合同约定：①承包范围：施工蓝图范围内的所有土建、水暖电安装工程；②合同工期 310 天（2006 年 8 月 20 日至 2007 年 6 月 30 日）；③合同价款 2 075 852.09 元，采用可调价格方式确定，工程竣工后，按施工蓝图及增减工程量进行决算；④工程开工后付合同

^① 甘肃省高级人民法院，甘民一终字第 75 号，裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

价款的30%，主体完工付至合同价款的50%，工程竣工验收前支付总价款的70%……同日，原告以临×县生×实业有限责任公司的名义，委托甘肃省土木工程科学研究院对该综合楼能否加层进行复核，并进行加层设计。2006年9月20日，被告向临×县发改委申请追加办公楼面积，要求在原设计四层的基础上加设一层。2006年10月，甘肃省土木工程科学研究院出具了《临×县沙河水管所综合楼加层设计》。2006年11月7日，临×县发改委给被告下发《关于沙河水管所办公楼加层扩建的批复》，同意被告的办公楼加层扩建申请。被告综合楼主体工程于2007年7月25日完工，同年10月10日工程竣工。2008年1月10日，原、被告对张掖市誉×造价咨询有限公司所做的工程结算书签字确认，沙河水管所综合楼总造价为4 669 637.67元（包括基础及一层、二层主体工程），其中：办公楼部分1 478 834.73元，培训中心部分3 190 802.94元。后经原、被告结算，原告（郭天×项目部）实际完成的工程量价款为3 587 783.88元。2008年10月20日，被告及监理单位在《单位（子单位）工程质量竣工验收记录》上盖章“同意验收”。2008年10月22日，被告给张掖市建设局上报《关于临×县沙河水管所综合楼工程竣工验收的申请》，要求张掖市建设局对涉案工程进行竣工验收，但未进行竣工验收。2008年11月5日，建设单位、监理单位、加层设计单位、勘察单位、施工单位在《主体结构验收资料核查表》上盖章“同意验收、符合要求”。2011年10月19日，临×县住房和城乡建设局出具《关于沙河水管所综合楼工程未办理竣工验收情况的说明》，证明该综合楼未办理施工手续擅自施工，由原报建的二层修建为五层，未经竣工验收使用至今。

2009年8月13日，郭天×将综合楼东侧办公楼部分1-5层交付被告，并将综合楼西侧培训中心部分装修为宾馆。2013年2月1日，郭天×将综合楼西侧培训中心部分1层交付被告，因2-5层宾馆装修设施费用双方不能达成一致意见，郭天×拒绝交付。

2006年9月12日被告给原告付款8万元，9月28日付款10万元，10月26日付款10万元，11月15日付款70 366.29元；2007年4月11日付款10万元，8月31日付款10万元，9月10日付款10万元；2008年1月30日付款10万元；2009年1月9日付款10万元；2010年2月5日付款5万元，4月26日付款10万元；2013年2月5日付款100万元。以上合计2 000 366.29元。被告应付原告（郭天×项目部）工程款3 587 783.88元，已付2 000 366.29元，下欠原告工程款1 587 417.59元。

一审法院认为，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条规定，被告综合楼属于必须进行招标的建设工程。该法第四条规定：“任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。”被告的综合楼工程原设计为砖混结构四层，2001年办理报建手续时，被告只建设二层。经招标，原告中标承建。2006年复工修建3~4层，亦应进行招标，但被告并未招标。2006年8月10日，被告与原告重新签订建设工程施工合同，继续修建未完工程。显然，被告的行为存在规避招标的问题，违反了法律的相关规定。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条规定，建设工程应当招标而未招标的，建设工程施工合同无效。故原、被告签订的《建设工程施工合同》无效。

【法理研究】

在本案当中，法院认为，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条规定“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目”，因此，被告临×县沙河水利管理所综合楼属于必须进行招标的建设工程。该法第四

条规定：“任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。”被告的综合楼工程原设计为砖混结构四层，2001 年办理报建手续时，被告只建设二层。经招标，原告中标承建。2006 年复工修建 3~4 层，亦应进行招标，但被告并未招标。2006 年 8 月 10 日，被告与原告重新签订建设工程施工合同，继续修建未完工程。显然，被告的行为存在规避招标的问题，违反了本《条例》第六十七条第二项，应对其做出相应处罚：由财政部门责令限期改正，给予警告，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分，并予以通报。

对采购人需承担责任的行为进行类型化规定，不仅是规范采购人行为的必然要求，也是惩罚违法采购人的必要处罚机制。采购人在政府采购活动中发挥的作用最大，因此，对其行为的限制也就最多。采购人不仅有委托采购代理机构从事采购活动的权利，还有与中标、成交供应商签订采购合同、对供应商履约情况进行验收等义务。对采购人的违法行为进行类型化主要依据的是采购人在采购活动当中享有的权利和应履行的义务，对其违法行为的类型规定的越详细，在实践中处理这类问题的法律依据就会越清晰，避免处罚错误或者适用的处罚方式有误等问题的发生，保证处罚的公正性、合理性和可接受性，使被处罚的采购人做到心服口服。

第六十八条 采购人、采购代理机构违法采购的法律责任

第六十八条 采购人、采购代理机构有下列情形之一的，依照政府采购法第七十一条、第七十八条的规定追究法律责任：

- （一）未依照政府采购法和本条例规定的方式实施采购；
- （二）未依法在指定的媒体上发布政府采购项目信息；
- （三）未按照规定执行政府采购政策；
- （四）违反本条例第十五条的规定导致无法组织对供应商履约情况进行验收或者国家财产遭受损失；
- （五）未依法从政府采购评审专家库中抽取评审专家；
- （六）非法干预采购评审活动；
- （七）采用综合评分法时评审标准中的分值设置未与评审因素的量化指标相对应；
- （八）对供应商的询问、质疑逾期未作处理；
- （九）通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果；
- （十）未按照规定组织对供应商履约情况进行验收。

【条文释义】

本条补充规定了适用《政府采购法》第七十一条和第七十八条规定的法律责任的 10 种新的违法行为。本条的适用主体是采购人和采购代理机构。这里的采购代理机构包括集中采购机构和集中采购机构以外的其他采购代理机构。

《政府采购法》第七十一条规定：“采购人、采购代理机构有下列情形之一的，责令限期改正，给予警告，可以并处罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由其行政主管部门或者有关机关给予处分，并予通报：

- （一）应当采用公开招标方式而擅自采用其他方式采购的；
- （二）擅自提高采购标准的；

- (三) 委托不具备政府采购业务代理资格的机构办理采购事务的;
- (四) 以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇的;
- (五) 在招标采购过程中与投标人进行协商谈判的;
- (六) 中标、成交通知书发出后不与中标、成交供应商签订采购合同的;
- (七) 拒绝有关部门依法实施监督检查的。”

第七十八条规定,“采购代理机构在代理政府采购业务中有违法行为的,按照有关法律规定处以罚款,可以依法取消其进行相关业务的资格,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

一、需承担法律责任的政府采购行为的表现形式

(一) 未依照政府采购法和本条例规定的方式实施采购

《政府采购法》第二十六条规定:政府采购采用公开招标;邀请招标;竞争性谈判;单一来源采购;询价;国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。其中本条款具体规定了采购人、采购代理机构进行政府采购的6种采购方式:公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价、以及国务院政府采购监督管理部门,也即财政部认定的其他采购方式。除此之外,不允许采用其他的采购方式实施采购。

(二) 未依法在指定的媒体上发布政府采购项目信息

本《条例》第八条明确规定,“政府采购项目信息应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。采购项目预算金额达到国务院财政部门规定标准的,政府采购项目信息应当在国务院财政部门指定的媒体上发布。”本条款明确规定政府采购项目信息应当在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。采购项目预算金额达到国务院财政部门规定标准的,应当在国务院财政部门指定的媒体上发布。具体预算金额标准授权国务院财政部门规定。

(三) 未按照规定执行政府采购政策

《政府采购法》第九条规定了政府采购政策,“政府采购应当有助于实现国家的经济和社会发展政策目标,包括保护环境,扶持不发达地区和少数民族地区,促进中小企业发展等。”

本《条例》第七条规定,“政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务,采用招标方式采购的,适用《中华人民共和国招标投标法》及其实施条例;采用其他方式采购的,适用政府采购法及本条例……政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务,应当执行政府采购政策。”上述两类采购活动尽管在程序上适用不同法律,但是在执行政府采购政策方面都是一致的。在政府采购活动的实践中,落实政府采购政策是采购人、采购代理机构的一项法定义务,应当严格执行,否则将承担法律责任。

(四) 无法组织对供应商履约验收致国家财产遭受损失

我国《政府采购法》明确规定“政府采购监督管理部门应当对政府采购项目的采购活动进行检查,对政府采购项目的履约验收过程进行监管,政府采购当事人应当如实反映情况,提供有关材料。”当前各级政府采购监管部门均成立了专门科室进行政府采购履约验收监管,主要包括以下环节:采购人对政府采购合同履行和验收工作的组织管理情况;合同履行和验收中是否存在“收而不验”或“验而不收”等弄虚作假行为;档案资料是否完整;有无损害政府采购当事人或公共利益的现象;供应商诚信度及服务质量等。

上述诸环节实现了对履约验收的层层监管,切实有效的落实了政府采购事后监管的重要意义,维护了政府采购结果的公正性和严肃性,确保了各方当事人的合法权益,提升了政府采购质量和服务水平,保障了政府采购工作健康、和谐、高效发展。

本项规定,违反本《条例》第十五条的规定导致无法组织对供应商履约情况进行验收或者国家财产遭受损失。

《条例》第十五条是关于编制采购文件的规定,由于采购人(采购代理机构)在编制采购文件时,可能发生过失甚至违法行为可能会造成两种后果:

- (1) 导致无法组织对供应商履约情况进行验收;如技术标准不明确、验收规则过于原则等。
- (2) 导致国家财产遭受损失;如技术、商务条件不合理导致合同结算价格远远超过中标价等。

(五) 未依法从政府采购评审专家库中抽取评审专家

评审专家在政府采购工作中的作用日益重要。专家评审是确保政府采购客观公正、真实可靠的重要环节。如何保证专家队伍的数量和质量,最大限度地发挥专家作用,强化对评审专家的监督管理,直接决定着政府采购的效果,影响着政府采购的形象。由于政府采购评审环节决定了采购的最终结果,评审专家在政府采购活动中扮演着越来越重要的角色,评审专家的问题得到了越来越多的关注。要使专家发挥良好作用,必须建好专家库,并通过相关制度建设,加强对专家的行为规范。

因此,法律对聘请评审专家的程序做了严格的规定,并设置设置了相应的法律责任,通过程序公正以保障评审结果的公平。

(六) 非法干预采购评审活动

《条例》第四十二条规定“采购人、采购代理机构不得向评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组的评审专家做倾向性、误导性的解释或者说明。”采购人、采购代理机构不得做倾向性、误导性的解释或者说明来干预采购评审活动。评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组的评审专家应当以客观、公正、审慎为原则,依法履行职责,独立做出评审结果。

(七) 评审分值设置与评审因素量化指标不对应

即采用综合评分法时,评审标准中的分值设置未与评审因素的量化指标相对应。

本《条例》第三十四条规定,“采用综合评分法的,评审标准中的分值设置应当与评审因素的量化指标相对应。”如果评审标准中的分值设置没有规定与评审因素对应的量化指标相对应,评审专家将失去打分的依据,完全凭主观印象评审将会造成评审结果的失真和混乱。因此,法律对该行为设置了法律责任。

(八) 对供应商的询问和质疑逾期未作处理

《政府采购法》第五十一条规定,“供应商对政府采购活动事项有疑问的,可以向采购人提出询问,采购人应当及时做出答复,但答复的内容不得涉及商业秘密。”

《条例》第五十二条规定,“采购人或者采购代理机构应当在3个工作日内对供应商依法提出的询问做出答复。”对于供应商提出的询问,采购人、采购代理机构应当在3日内做出答复。

《政府采购法》第五十二条规定,“供应商认为采购文件、采购过程和中标、成交结果使自己的权益受到损害的,可以在知道或者应知其权益受到损害之日起七个工作日内,以书面形式向采购人提出质疑。”

第五十三条规定,“采购人应当在收到供应商的书面质疑后七个工作日内做出答复,并以书面形式通知质疑供应商和其他有关供应商,但答复的内容不得涉及商业秘密。”对于供应商提出的书面质疑,采购人应当在收到书面质疑后7个工作日内做出答复。

(九) 非法改变评审结果

即指通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果。本《条例》第四十四条规定,“采购人或者采购代理机构不得通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式改变评审结果。”法律明确禁止采购人、采购代理机构通过对样品进行检测、对供应商进行考察等方式来改变评审结果,保障评审制度的严肃性,保护供应商的权益。

(十) 未按照规定组织对供应商履约情况进行验收

《政府采购法》第四十一条规定,“采购人或者其委托的采购代理机构应当组织对供应商履约的验收。”

《条例》第四十五条规定,“采购人或者采购代理机构应当按照政府采购合同规定的技术、服务、安全标准组织对供应商履约情况进行验收,并出具验收书。验收书应当包括每一项技术、服务、安全标准的履约情况。”

政府采购项目验收是政府采购过程中一个重要环节,是指在政府采购合同执行过程中或执行完毕之后,采购人对政府采购合同执行的阶段性结果或最终结果进行检验和评估。是防止私下交易,防止腐败发生,防止国家利益和社会公众利益受损失的重要措施,也是解决供应商不按期供货、提供假冒伪劣产品、质次价高、偷梁换柱等违反合同规定的问题,杜绝影响政府采购成果的手段。通过加强对项目验收的管理,保证政府采购质量,保护政府采购当事人的合法权益,从而建立起供应商信誉档案和政府采购质量保障体系,凸显政府采购“规范工程”“透明工程”“廉政工程”,确保政府采购制度改革与发展的顺利进行。因此,组织验收程序是一个必经程序。

二、政府采购法律责任的类型

法律责任是指行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果。《政府采购法》属于行政法,其法律责任以行政责任为主,包括民事责任和刑事责任。法律责任对于法律,就像呼吸对于人类一样重要。没有呼吸,人类的生命就会停止。没有法律责任,法律的存在就毫无意义。

(一) 《政府采购法》第七十一条规定的法律责任

《政府采购法》第七十一条规定的法律责任,责任主体是采购人、采购代理机构,“采购人、采购代理机构有下列情形之一的,责令限期改正,给予警告,可以并处罚款,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,由其行政主管部门或者有关机关给予处分,并予通报。”

(1) 责令限期改正。也即各级人民政府财政部门责令采购人、采购代理机构在一定期限内改正。详见第六十七条责任部分释义。

(2) 给予警告。详见第六十七条责任部分释义。

(3) 可以并处罚款。该规定用“可以”表述,属选择性条款。根据《条例》第六十六条规定“政府采购法第七十一条规定的罚款,数额为10万元以下。”因此,这里的罚款限额也应当

在 10 万元以下，实践中视具体情况，再对具体数额做出处理决定。

(4) 通报处分。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由其行政主管部门或者有关机关给予处分，并予通报。责任主体是：行政主管部门或者有关机关；责任对象是：直接负责的主管人员和其他直接责任人员。详见第六十七条责任部分释义。

(二)《政府采购法》第七十八条规定的法律责任

《政府采购法》第七十八条规定“采购代理机构在代理政府采购业务中有违法行为的，按照有关法律规定处以罚款，可以依法取消其进行相关业务的资格，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”此种法律责任，其责任主体是采购代理机构。

(1) 罚款。采购代理机构在代理政府采购业务中有违法行为，其中“按照有关法律规定处以罚款”主要是指根据《政府采购法》第七十一条的规定，根据《条例》第六十六条的相关规定，罚款限额应当在 10 万元以下，实践中视具体情况，再对具体数额做出处理决定。

(2) 在 1~3 年内禁止其代理政府采购业务。

在禁止采购代理机构代理政府采购业务的期间内，采购代理机构不得接受采购人的委托代理业务。但是当期限届满时，采购代理机构的禁止性义务将被解除，重新恢复其从事委托代理业务的功能。

(3) 依法追究刑事责任。

若采购代理机构在代理政府采购业务过程中有违法行为，构成犯罪的，应当由司法机关依法追究刑事责任。单位构成犯罪的，依法追究单位的刑事责任。这两项法律责任适用于本条所有的违法行为。

【案例 8-3】

陈某某行贿案^①

【案情简介】

2006 年 3 月，为配合招投标改革，陈某某、郑某某注册成立了珠海市某某有限公司（简称某某公司）。陈某某和曾某某合谋，利用职务便利，按照某某公司条件设置招标对象，帮助某某公司中标质监站基桩检测设备安装、搬运业务，并在工程验收、结算方面提供便利。2004 年 3 月至 2013 年 7 月期间，被告人陈某某伙同郑某某以输送干股分红形式由陈某某经手送给陈某某、曾某某每人好处费人民币 2 794 733 元，共计人民币 5 589 466 元。

证人陈某某的证言：其证实在 2003 年年底或 2004 年年初的时候，郑某某、陈某某的搬运班组启用了机械化设备，因三家竞争做此项业务，导致业务量不饱和。两人先后找了他及曾某某，表示想承接更多的业务，同时让其与曾某某加入这个班组，所得利润按四份来分配。其与曾某某商量之后同意他俩的这种提法。之后 4 人去红旗一饭店吃饭，商谈其与曾某某加入的具体问题。当时其与曾某某觉得两人在站里上班，担心日后纪委调查和别人说他们二人在班组里领干股。大家经过讨论之后，提出按总资产 50 万元来计算，对现有班组的资产（一台二手套牌吊车、一台旧平板车、一些堆件）进行估价 17 万元，其与曾某某各自再汇款 12.5 万元到郑某某另开的账户走一下账，这样做是为了将这两笔钱与原先班组的经营资金分开。其事后和曾某某都让各自的妻子汇款到郑某某账户中。后来这笔钱用不上，其开始时供述称郑某某把钱还

^① 广东省珠海市斗门区（县）人民法院，珠斗法刑初字第 247 号。裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

给了自己，后来又说四人在聚会的时候分多次把这笔钱当作利润分了。

陈某某、郑某某班组以及后来成立的某某装卸有限公司都是专门从监站中承接基桩设备静载安装业务。在2006年，以刘某某（陈某某的老婆）名义注册成立某某有限公司。公司股东是其与曾某某、陈某某、郑某某4人，注册资金来自班组经营资金。

2006年年底的时候，第一次进行招标。当时质监站的曾某某根据某某公司的条件设置了招标公告。刚开始由于经验不足，流标两次，之后，其到市采购办沟通之后采用竞争性谈判方式，找来旧同事金某某的江门市某某建设工程质量检测有限公司过来陪衬，最终才使某某公司顺利承接上这项业务。有了这次经验之后，曾某某就根据某某公司的现有情况（安装设备、安装经验等方面）设定投标的资格条件，最后某某公司连续年年中标这项业务。从2004年至2013年，4个每人从这项业务中各分得人民币2794733元。

【法理研究】

在本案当中，质监站的曾某某制作招标文件时根据某某公司的条件设置招标条件，且当出现流标之后，到市采购办沟通之后就将公开招标改成竞争性谈判方式，明显未依照《政府采购法》和本《条例》规定的方式实施采购。《政府采购法》第二十六条第二款规定“公开招标应作为政府采购的主要采购方式”，第三十条规定了竞争性谈判的适用条件“符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用竞争性谈判方式采购：（一）招标后没有供应商投标或者没有合格标的或者重新招标未能成立的；（二）技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；（三）采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的；（四）不能事先计算出价格总额的。”因此，曾某某的行为违反了本《条例》第六十八条第一项，应当给予：责令限期改正，给予警告，可以并处罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由其行政主管部门或者有关机关给予处分，并予通报。

对采购人、采购代理机构需承担责任的行为进行类型化规定，增加了适用《政府采购法》第七十一条、第七十八条法律责任条款的新的违法情形，本条与上一条的区别在于，采购人的不同违法行为类型所要承担的法律责任的类型不同，本条款不仅是规范采购人、采购代理机构行为的必然要求，也是惩罚违法采购人、采购代理机构的必要处罚机制。采购人、采购代理机构是政府采购活动的主要当事人，在政府采购活动中发挥较大的作用，因此，对其行为的限制也就较多。对采购人、采购代理机构的违法行为进行类型化主要依据的是采购人、采购代理机构在采购活动当中享有的权利和应履行的义务，对其违法行为的类型规定的越详细，在实践中处理这类问题的法律依据就会越清晰，避免处罚错误或者适用的处罚方式有误等问题的发生，保证处罚的公正性、合理性和可接受性，使被处罚的采购人、采购代理机构做到心服口服。

第六十九条 集中采购机构违法行为的法律责任

第六十九条 集中采购机构有下列情形之一的，由财政部门责令限期改正，给予警告，有违法所得的，并处没收违法所得，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分，并予以通报：

- （一）内部监督管理制度不健全，对依法应当分设、分离的岗位、人员未分设、分离；
- （二）将集中采购项目委托其他采购代理机构采购；
- （三）从事营利活动。

【条文释义】

本条具体规定了集中采购机构需承担的法律責任。本条的适用主体是集中采购机构。

《条例》第十二条第二款规定，“集中采购机构是设区的市级以上人民政府依法设立的非营利事业法人，是代理集中采购项目的执行机构。”

一、政府采购违法行为的表现形式

(1) 内部监督管理制度不健全，对依法应当分设、分离的岗位、人员未分设、分离。

本《条例》第十三条规定，“采购代理机构应当建立完善的政府采购内部监督管理制度，具备开展政府采购业务所需的评审条件和设施。”行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得做出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定，坚决消除权力设租寻租空间。鉴于公益法人可能的设租、寻租，法律规定了建立健全不相容职务岗位的管理制度。因此，集中采购机构应当建立完善的内部监督管理制度，依法应当做到分设、分离的岗位，人员也应当做到分设、分离，在集中采购内部形成一种相互牵制、相互制约的机制和控制制度，保证内部监督管理制度的有效运行。

集中采购机构建立健全内部监督管理制度和内部控制制度，对提高采购效率，有效防止腐败，保证政府采购活动的健康、高效进行，有着非常重要的现实意义。

(2) 将集中采购项目委托其他采购代理机构采购。

《条例》第十二条第二款规定，“集中采购机构应当根据采购人委托制定集中采购项目的实施方案，明确采购规程，组织政府采购活动，不得将集中采购项目转委托。”鉴于采购的专业性、方便对采购机构的管理和对采购人等相对人的监督等缘由，集中采购机构不能再委托。法律明确规定，采购人采购纳入集中采购目录的政府采购项目，必须交由集中采购机构组织采购，这是带有法律强制性的规定，采购人对此没有选择权，不能擅自将纳入集中采购目录的项目委托社会中中介机构办理。

(3) 从事营利活动。

《政府采购法》第十六条第二款规定，“集中采购机构是非营利事业法人，根据采购人的委托办理采购事宜。”《条例》第十二条第二款规定，“集中采购机构是设区的市级以上人民政府依法设立的非营利事业法人，是代理集中采购项目的执行机构。”集中采购机构是非营利性事业法人，根据采购人的委托办理采购事宜。因此，集中采购机构属于为党政机关各部门办理采购工作的服务性机构。同时，行政性事业单位的性质也决定了集中采购机构属于公益性组织，不以营利为目标，它的运行和从事的集中采购活动全部依靠国家财政来维持。因此，法律明确规定，集中采购机构为非营利事业法人，不允许其从事营利活动。

二、政府采购执法主体及其处罚规定

政府采购违法行为“由财政部门责令限期改正，给予警告，有违法所得的，并处没收违法所得，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分，并予以通报”。

(1) 责令限期改正。详见第六十七条责任部分释义。

(2) 给予警告。详见第六十七条责任部分释义。

(3) 有违法所得的，并处没收违法所得。

所谓的没收违法所得是指行政机关将违法行为人以违法的手段获取的财物、收入等全部或

者部分收归国有的一种处罚方式。这里说的是“并处”，因此具体到本条而言，由违法所得的，有财政部门给予警告的同时并处没收违法所得。

(4) 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分，并予以通报。

详见第六十七条责任部分释义。

以上法律责任适用于本条规定的所有违法行为。

【案例 8-4】

关于醴×市集中采购中心无证违规收费等若干问题的投诉^①

【媒体报道】

醴×市集中采购中心收取中标服务费，并无任何法律依据。

依照国家法律规定，并未批准醴×市集中采购中心收费，就连在湘价费[2009]118 号文件中，批准政府采购中心收取的标书成本费，也在去年已经取消，《湖南省物价局、湖南省财政厅关于核定政府采购招标文件成本费有关问题的通知》（湘价费[2009]118 号）中也规定：“本通知核定的政府采购招标文件成本费标准为最终收费标准，各级政府采购中心不得再向投标人收取其他任何费用。”

《政府采购法》规定：“集中采购机构是非营利性事业法人，依据采购人的委托办理采购事宜”，醴×市集中采购中心是负责醴×市本级政府机关、事业单位和社会团体纳入集中采购目录项目采购的非营利性事业单位。采购人采购纳入集中采购目录中的政府采购项目，必须委托集中采购机构代理采购，这是具有法律强制性的，采购人没有选择权。其虽然是采购代理机构，但其业务具有垄断性。招标代理费按照规定“谁委托，谁付费”，本来就是由委托人支付。集中采购机构关于集中采购中心不得收取任何费用，国家法律法规中一直明文规定：

(1) 《政府采购法》和《湖南省行政事业性收费管理条例》和《国家发展改革委关于治理规范经营服务性收费的通知》（发改价格[2010]877 号）等法律法规及政府采购文件上都明文规定政府集中采购中心的性质不准收取任何费用。

(2) 国务院办公厅关于进一步加强政府采购管理工作的意见》国办发[2009]35 号及《湖南省人民政府办公厅关于进一步加强和改进政府采购管理工作的实施意见》（湘政办发[2010]6 号）明文规定：“集中采购机构要严格按照《政府采购法》规定组织采购活动，规范集中采购操作行为，增强集中采购目录执行的严肃性、科学性和有效性。在组织实施中不得违反国家规定收取采购代理费用和其他费用，也不得将采购单位委托的集中采购项目再委托给社会代理机构组织实施采购。”

(3) 2012 年省财政厅颁发的《湖南省财政厅政府采购行为规范》中更是明显指出“集中采购中心不得收取中标服务费”。

【法理研究】

根据《政府采购法》第十六条规定“集中采购机构是非营利事业法人，根据采购人的委托办理相关事宜”。也就是说，集中采购机构不应当以营利为目的。在采购活动中，虽然采购人和集中采购机构须签订委托合同，但集中采购机构和采购人之间实际是一种法定代理关系，集中采购机构为代理人，应当在被代理人采购人的代理范围内从事采购活动。一般情况下，集中

^① 关于醴×市集中采购中心无证违规收费等若干问题的投诉，株洲新闻网，<http://www.zznews.gov.cn>。

采购机构是独立于采购人而存在的事业单位，主要任务就是编写集中采购计划、集中采购行为的组织、协调和实施工作，不具有管理公共事务的功能。

上述案例中的集中采购中心违法滥收取手续费的行为是应当受到处罚的，因为其完全在从事不正当的营利活动。对于集中采购机构的违法责任问题，《政府采购法》并未有所规定，这是本《条例》的新增内容，因此，对于集中采购机构三种违法行为应当给予：责令限期改正，给予警告，有违法所得的，并处没收违法所得，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分，并予以通报等不同处罚，能够有效地规范集中采购机构的行为。

第七十条 采购人员不依法回避的法律责任

第七十条 采购人员与供应商有利害关系而不依法回避的，由财政部门给予警告，并处2000元以上2万元以下的罚款。

【条文释义】

本条针对采购人员关于违反回避制度的法律责任的补充规定。本条的适用主体是采购人员，包括采购人、采购代理机构中从事采购活动的工作人员。

一、采购人员与供应商有利害关系的应当回避

《政府采购法》第十二条规定，“在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有利害关系的，必须回避。”因此，法律明确规定，采购人员与供应商有利害关系的，必须依法回避。

《条例》第九条对供应商与采购人员的利害关系做出了具体的界定，“在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有下列利害关系之一的，应当回避：

- （一）参加采购活动前3年内与供应商存在劳动关系；
- （二）参加采购活动前3年内担任供应商的董事、监事；
- （三）参加采购活动前3年内是供应商的控股股东或者实际控制人；
- （四）与供应商的法定代表人或者负责人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲或者近姻亲关系；
- （五）与供应商有其他可能影响政府采购活动公平、公正进行的关系。采购人与供应商存在上述利害关系的，应当回避。”详见第九条的释义。

在招标投标活动中对此类行为没有做出规定，因为一般的招标人属于私法人并没有公权力，因此在《招标投标法》中不做规定也可以；但是政府采购的采购人是公法人或公益法人，公法人手中自有公权力可以寻租，任何公权的滥用均有可能影响政府采购的公正性，因此，法律对此做了规定并设置了法律责任。

二、政府采购回避的义务和程序

为建立并维护公平、公正的采购效率和质量，并促使采购制度健全发展，我国在相关采购法令中规定有回避制度，借此避免采购人、供应商及相关人员，因职务关系使特定关系人获取不正当利益，而影响采购的公正。

一方面，政府采购人员在从事采购活动的过程中，发现与供应商存在法定的利害关系情形，应当主动申请回避。

另一方面，政府采购的供应商若是发现采购人员与其他供应商存在法定的利害关系情形，应当向有关单位申请该采购人员予以回避，并说明理由。有关单位应当及时询问采购人员，发现存在应当回避的情形，则责令其回避。

三、法律责任

若采购人员与供应商有利害关系而不依法回避的，由财政部门给予警告，并对采购人员处以罚款。

警告的内涵外延，详见第六十七条责任部分的释义。

关于罚款，其法定的罚款限额在 2000 元以上 2 万元以下。具体的罚款数额，财政部门应当根据采购人员的主观过错、危害结果等实际情况做出。

【案例 8-5】

建立了采购回避制度 杜绝“暗箱操作”^①

——财政部副部长刘昆解读政府采购法实施条例

【媒体报道】

长期以来，采购人员与供应商存在亲戚、朋友或者同学关系，容易有暗箱操作。

针对上述情况，刘昆说，由于政府采购涉及多方经济利益，为保证政府采购交易过程和交易结果的公平和公正，充分保护政府采购当事人的合法权益，《政府采购法》第十二条建立了政府采购回避制度。

刘昆介绍，实施条例对政府采购回避制度进行了细化，明确政府采购活动中“利害关系”的外延，增强回避制度的可操作性。

“实施条例在确定‘利害关系’为回避前提条件下，进一步详细列举了回避的具体情形，包括参加采购活动前 3 年内与供应商存在劳动关系，参加采购活动前 3 年内担任供应商的董事、监事，参加采购活动前 3 年内是供应商的控股股东或者实际控制人，与供应商的法定代表人或者负责人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲或者近姻亲关系等。对于朋友、同学等关系，不是一律必须回避，而是要看是否可能影响政府采购活动公平、公正进行。”此外，针对供应商之间，以及采购人、采购代理机构与供应商之间虽然没有利害关系，也存在恶意串通的可能，刘昆表示，实施条例列举了恶意串通的七种表现形式，为认定查处串通行为提供了法律依据。

【法理研究】

回避制度是在我国诉讼中普遍运用的一项制度，是保证整个诉讼过程公正、公平、透明的基本制度之一，包括刑事诉讼、行政诉讼和民事诉讼。回避一般分为申请回避、自行回避和指令回避三种方式，不同的回避方式做出回避决定的主体也各不相同。回避制度的适用主体主要是审判人员、行政人员、检察人员。应当回避的情形一般均须法定，因此，适用回避制度也会受到严格的限制。

此次将回避制度加入到了政府采购中，明确了五种具体的采购人及其相关人员应当回避的法定情形，能够有效地规避暗箱操作，大大提升了整个政府采购活动的透明度，并与本《条例》

^① 建立了采购回避制度杜绝“暗箱操作”，新华网，<http://news.xinhuanet.com>。

第八章第七十条规定的采购人员应当回避而不回避应承担的法律责任相衔接,实现了本《条例》的完整化和整体性。

第七十一条 采购人、采购代理机构 违法行为处理办法

第七十一条 有政府采购法第七十一条、第七十二条规定的违法行为之一,影响或者可能影响中标、成交结果的,依照下列规定处理:

(一) 未确定中标或者成交供应商的,终止本次政府采购活动,重新开展政府采购活动。

(二) 已确定中标或者成交供应商但尚未签订政府采购合同的,中标或者成交结果无效,从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标或者成交供应商;没有合格的中标或者成交候选人的,重新开展政府采购活动。

(三) 政府采购合同已签订但尚未履行的,撤销合同,从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标或者成交供应商;没有合格的中标或者成交候选人的,重新开展政府采购活动。

(四) 政府采购合同已经履行,给采购人、供应商造成损失的,由责任人承担赔偿责任。

政府采购当事人有其他违反政府采购法或者本条例规定的行为,经改正后仍然影响或者可能影响中标、成交结果或者依法被认定为中标、成交无效的,依照前款规定处理。

【条文释义】

《政府采购法》第七十三条对采购人、采购代理机构有第七十一条、第七十二条所列违法行为之一,并导致影响或可能影响中标、成交结果做了原则性的规定。本条是在此基础上,对该处理办法做了重要的补充和完善。

《政府采购法》第七十三条规定,“有前两条违法行为之一影响中标、成交结果或者可能影响中标、成交结果的,按下列情况分别处理:

(一) 未确定中标、成交供应商的,终止采购活动;

(二) 中标、成交供应商已经确定但采购合同尚未履行的,撤销合同,从合格的中标、成交候选人中另行确定中标、成交供应商;

(三) 采购合同已经履行的,给采购人、供应商造成损失的,由责任人承担赔偿责任。”

对违反《政府采购法》第七十一、第七十二条所列举的新的违法行为的处罚,以影响或可能影响中标、成交结果为条件,分为三项4种情形。

一、对《政府采购法》第七十三条第一项的补充

1. 在未确定中标成交供应商前发现违法行为的处理方式

未确定中标或者成交供应商的——重申终止本次政府采购活动,补充了需重新开展政府采购活动的处理方式。

在实践中表现为:在未确定中标、成交供应商之前,发现采购人、采购代理机构有上述11种违法行为的存在,并且有足够的证据证明此违法行为能够影响或者可能影响中标、成交结果的,由财政部门责令终止本次政府采购活动且要求采购人、采购代理机构重新开展采购活动。

2. 已确定中标或成交供应商但未签订政府采购合同情形的处理办法

补充了已确定中标或者成交供应商但尚未签订政府采购合同的情形和处理办法——中标或者成交结果无效，从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标或者成交供应商；没有合格的中标或者成交候选人的，重新开展政府采购活动。

在实践中表现为：《政府采购法》第四十六条第一款规定“采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起30日内，按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。”若是在中标、成交通知书发出之日起30日内，发现采购人、采购代理机构有上述11种违法行为的存在，并且有足够的证据证明此违法行为能够影响或者可能影响中标、成交结果的，由财政部门做出无效中标、成交结果的决定。

对此有以下两种处理方式：其一是从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标、成交供应商；其二是没有合格的中标或者成交候选人的，重新开展政府采购活动。所谓的合格的中标、成交候选人，也就是产生条件、程序等完全符合法律的相关规定。

二、对《政府采购法》第七十三条第二项的补充

政府采购合同已签订但尚未履行的——重申撤销合同，从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标或者成交供应商；补充了没有合格的中标或者成交候选人的情形及处理办法：重新开展政府采购活动。

在实践中表现为：在政府采购合同签订后履行前，发现采购人、采购代理机构有上述11种违法行为的存在，并且有足够的证据证明此违法行为能够影响或者可能影响中标、成交结果的，由财政部门做出撤销合同的决定，且有以下两种处理方式：

其一，从合格的中标或者成交候选人中另行确定中标、成交供应商；

其二，没有合格的中标或者成交候选人的，重新开展政府采购活动。所谓的合格的中标、成交候选人，也就是其产生条件、程序等完全符合法律的相关规定。

三、重申了《政府采购法》第七十三条第三项的规定

政府采购合同已经履行——重申了给采购人、供应商造成损失的，由责任人承担赔偿责任。

在实践中表现为：在合同已经开始履行时，发现采购人、采购代理机构有上述11种违法行为的存在，并且有足够的证据证明此违法行为能够影响或者可能影响中标、成交结果的，且给采购人、供应商造成损失的，由责任人承担赔偿责任。

这里值得注意三个问题：其一，这里所谓合同履行，是指合同的当事人正在按照合同中规定的实质性要件履行合同的主要义务，以求达到合同的目的；其二，责任人是指与实施违法行为有关的采购人、采购代理机构；其三，承担赔偿责任，既包括侵权损害赔偿，又有包括违约损害赔偿。例如政府采购工程施工致人损害就要承担一种典型的侵权损害赔偿。

四、兜底条款

政府采购当事人有其他违反《政府采购法》或者《条例》规定的行为，分为两种情形：经改正后仍然影响或者可能影响中标、成交结果；依法被认定为中标、成交无效的，这两种情形都依照上述规定处理。这里的政府采购当事人包括：采购人、采购代理机构以及供应商。

【案例 8-6】

中华人民共和国财政部政府采购信息公告^①

(第 249 号)

【媒体公告】

根据《政府采购信息公告管理办法》(财政部令第 19 号)的相关规定,现将本机关对“浙×大学中央排气通风笼盒系统”采购项目(编号:ZUPC-JZ-1312024)举报案做出的理决定公告如下:

一、相关当事人名称

当事人:浙×大学

地址:浙江省杭州市西湖区余杭塘路×号

当事人:苏州猴×动物实验设备科技有限公司

地址:江苏省苏州市相城区黄埭镇康阳路鑫发工业坊×号

二、基本情况

近期,本机关收到关于“浙×大学中央排气通风笼盒系统”采购项目的举报函。反映浙×大学针对本项目的问题,做出了《投诉处理决定书》,但在项目处理过程中不积极、不作为,一是未将《投诉处理决定书》上报财政部,二是没有依照政府采购法有关规定对供应商做出处罚。本机关依法受理,于 2015 年 1 月 7 日做出了监督检查处理决定。

三、处理结果

经审查,本机关做出处理决定如下:被举报项目应当采用公开招标方式但擅自采用竞争性谈判采购方式进行采购,可能影响采购结果,责令浙×大学终止标项四中央排气通风笼盒系统采购项目采购活动,按照《政府采购法》的相关规定重新组织采购活动。

本项目存在达到公开招标数额标准而未采用公开招标方式,擅自采用竞争性谈判方式采购且未按竞争性谈判程序执行,未将提供进口产品的供应商认定为不符合条件,采购文件将注册资金作为资格要求等问题,违反了《政府采购法》及相关法律法规的规定,责令浙×大学进行整改。对浙×大学和苏州猴×动物实验设备科技有限公司的违法行为另行处罚。

【法理研究】

《条例》增加了对《政府采购法》第七十一条、第七十二条违法行为影响或可能影响中标、成交结果的处理方式,主要针对实践中存在的四种具体情形进行详细的规定,以解决实践中存在不同的可能性情形。

本案中,本项目存在达到公开招标数额标准而未采用公开招标方式,擅自采用竞争性谈判方式采购且未按竞争性谈判程序执行,因此,被举报项目应当采用公开招标方式但擅自采用竞争性谈判采购方式进行采购,且可能影响采购结果,该项目并未进入采购合同签订的程序中,所以,有关财政部门最后做出责令浙×大学终止标项四(中央排气通风笼盒系统采购项目)采购活动,重新组织采购活动的决定,符合法律有关规定。

第七十二条 供应商违法行为的法律责任

第七十二条 供应商有下列情形之一的,依照政府采购法第七十七条第一款的规定追究法

^① 中华人民共和国财政部政府采购信息公告第 249 号,财政部网站, <http://www.mof.gov.cn>.

律责任:

- (一) 向评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员行贿或者提供其他不正当利益;
- (二) 中标或者成交后无正当理由拒不与采购人签订政府采购合同;
- (三) 未按照采购文件确定的事项签订政府采购合同;
- (四) 将政府采购合同转包;
- (五) 提供假冒伪劣产品;
- (六) 自变更、中止或者终止政府采购合同。

供应商有前款第一项规定情形的, 中标、成交无效。评审阶段资格发生变化, 供应商未依照本条例第二十一条的规定通知采购人和采购代理机构的, 处以采购金额 5‰ 款, 列入不良行为记录名单, 中标、成交无效。

【条文释义】

一、供应商违法行为之法律责任的补充规定

本条规定的是适用《政府采购法》第七十七条规定的法律责任的 6 新的违法行为。本条的适用主体是供应商。根据《政府采购法》第二十一条的规定, “供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人。”

《政府采购法》第七十七条还规定, “供应商有下列情形之一的, 处以采购金额千分之五以上千分之十以下的罚款, 列入不良行为记录名单, 在一至三年内禁止参加政府采购活动, 有违法所得的, 并处没收违法所得, 情节严重的, 由工商行政管理机关吊销营业执照; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任:

- (一) 提供虚假材料谋取中标、成交的;
 - (二) 采取不正当手段诋毁、排挤其他供应商的;
 - (三) 与采购人、其他供应商或者采购代理机构恶意串通的;
 - (四) 向采购人、采购代理机构行贿或者提供其他不正当利益的;
 - (五) 在招标采购过程中与采购人进行协商谈判的;
 - (六) 拒绝有关部门监督检查或者提供虚假情况的。
- 供应商有前款第(一)至(五)项情形之一的, 中标、成交无效。”

二、供应商违法行为的表现形式

(一) 行贿或提供其他不正当利益

向评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员行贿或者提供其他不正当利益。

《政府采购法》第二十五条规定, “供应商不得以向采购人、采购代理机构、评标委员会的组成人员、竞争性谈判小组的组成人员、询价小组的组成人员行贿或者采取其他不正当手段谋取中标或者成交。” 为了保证公平竞争, 法律明确规定, 禁止供应商以任何形式向评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员行贿或者提供其他不正当利益, 包括赠品和回扣等。

(二) 中标或者成交后无正当理由拒不与采购人签订政府采购合同

《政府采购法》第四十六条第二款规定, “中标、成交通知书发出后, 采购人改变中标、成交结果的, 或者中标、成交供应商放弃中标、成交项目的, 应当依法承担法律责任。” 中标通

知书是采购单位向供应商发出承诺的法定形式。我国《合同法》中承诺生效时间采取的是“到达主义”，规定承诺通知到达要约人时生效。而我国《政府采购法》规定，中标通知书发出后，采购单位改变中标结果，或者中标供应商放弃中标项目的，应当依法承担法律责任，即中标通知书一经发出就对双方当事人产生约束力。

因此，供应商中标、成交后无正当理由拒绝与采购人签订政府采购合同是一种违法行为。例如，在实践中，采用公开或邀请招标方式采购时，如评审委员会按规定推荐了两名候选中标供应商，第一名候选中标供应商无正当理由放弃中标资格的。

（三）未按照采购文件确定的事项签订政府采购合同

《政府采购法》第四十六条第一款规定“采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起30日内，按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。”法律明确规定，采购人与中标、成交供应商应当按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。

（四）将政府采购合同转包

我国《合同法》第七十九条规定“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但根据合同性质不得转让；按照当事人约定不得转让；依照法律规定不得转让者除外。”

政府采购活动通过法定程序缔结的合同就属于“依照法律规定不得转让”的情形。既然招标（采购）人和中标（成交）人之间签订的合同，是通过法定竞争择优确定的；如果中标（成交）人将中标项目转让给他人，竞争程序即将失去意义。

所谓转包是指中标人将其承包的中标项目转手让给他人，使他人实际上成为该中标项目的新的承包人的行为。从实践上看，转包行为有很大的危害性。中标人擅自将其承包的中标项目转包，也违反了合同法律的规定。中标人将中标项目转让给他人，是擅自变更合同主体的行为，违背了招标人的利益，是法律所禁止的行为。

转包属于擅自变更合同主体的行为，违背了的利益，而且转包很容易使不具有相应资质的承包者进行工程建设，以致造成工程质量低下、建设市场混乱，影响了国家和公众利益。在实践中，有的中小型企业为了谋取利润，在没有征得招标人同意的前提下或者是通过关系，将经评审的合理低价中标的、本身就没有多大利润的项目，转包给他人，自己按一定的比例提成，净得一些利润；至于施工成本、工程质量、竣工验收等一些问题的，原中标人一概不理。这种行为势必使二手承包商在工程成本中获取利润，导致工程偷工减料、粗糙劣质。

（五）提供假冒伪劣产品

《中华人民共和国产品质量法》第三十条至第三十二条规定“生产者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。”“生产者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。”“生产者生产产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。”所谓的假冒产品是指产品冒用、伪造他人的商标、质量标志，伪造产品的产地等；所谓的伪劣产品是指产品的质量、标准、性能指标等达不到我国有关的法律法规、标准规定等的要求，在实践中表现为以次充好、以假充真、以不合格产品冒充合格产品等属于应当严厉打击的违法行为。

（六）擅自变更、中止或者终止政府采购合同

《政府采购法》第五十条第一款规定，“政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同。”法律明确规定，供应商作为采购合同的双方当事人，无正当理由，不得擅自变

更、中止或者终止合同。《条例》第六十七条对擅自变更、中止、终止采购合同的行为规定了法律责任。详见第六十七条第六项的释义。

三、供应商违法行为的法律责任

“供应商有下列情形之一的，处以采购金额 5‰以上 10‰以下的罚款，列入不良行为记录名单，在一至三年内禁止参加政府采购活动，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

（一）供应商违法行为的行政责任

（1）处以罚款。

罚款的限额在采购金额 5‰以上 10‰以下。这里的采购金额是指采购人在采购文件中确定的采购项目的预算金额。在实践中，由财政部门视具体情况做出具体的处罚数额。

（2）列入不良行为记录名单。

在 1~3 年内禁止参加政府采购活动。若是供应商存在上述违法行为，财政部门应当将其列入不良行为记录名单，责令供应商在 1~3 年内禁止参加政府采购活动，具体的禁止期限，由财政部门根据供应商的主观故意、违法结果危害性等情形做出。

（3）有违法所得者并处没收违法所得。

参照第六十九条责任部分释义。这不是一项强制性的责任。所谓的没收违法所得是指行政机关将违法行为人以违法的手段获取的财物、收入等全部或者部分收归国有的一种处罚方式。具体到本条，财政部门对有违法所得的供应商，并处没收违法所得。

（4）情节严重的由工商行政管理机关吊销营业执照。

被吊销营业执照的供应商不得参加政府采购活动，不得从事任何经营业务。在实践中，“情节严重”，需要有关财政部门根据实际情况依法做出处理，典型情形主要有：供应商提供虚假材料谋取中标、成交结果；与其他供应商、采购人恶意串通；提供假冒伪劣产品等。

（二）供应商违法行为的刑事责任

供应商的违法行为若是构成犯罪的，应当由司法机关认定并依法追究刑事责任。涉及的罪名有串通投标罪；行贿罪；生产、销售伪劣商品罪等。这两项责任同时适用于本条规定的所有违法行为。

四、供应商违法行为的法律后果

（一）政府采购中标、成交可归于无效

供应商存在向评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员行贿或者提供其他不正当利益的行为时，供应商在承担相应法律责任的同时，中标、成交归于无效。民事法律行为的 4 个有效要件之一就是行为不得违反法律的强制性或禁止性的规定，鉴于供应商所为的向评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员行贿或者提供其他不正当利益的行为，违反法律的强制性或禁止性的规定，故而其导致中标、成交结果，自始无效。

（二）未履行通知义务的法律后果

评审阶段资格发生变化，供应商未依照本条例第二十一条的规定通知采购人和采购代理机

构的,《条例》第二十一条规定“资格预审合格的供应商在评审阶段资格发生变化的,应当通知采购人和采购代理机构。”

(1) 处以采购金额 5%的罚款。

这里的采购金额是指采购人在采购文件中确定的采购项目的预算金额。在实践中,由财政部门视具体情况做出具体的处罚数额。

(2) 列入不良行为记录名单。

(3) 中标、成交归于无效。

未作为未履行法定通知义务的法律后果,其自始无效。

【案例 8-7】

敬老院收到 1800 床“黑心棉”政府采购为何残次品频出^①

【案情简介】

敬老院里发现“黑心棉被”竟来自政府采购,供货单位没有此项经营项目,却能中标,劣质产品未经检验,就送给使用单位……专家认为,政府采购作为一项系统工程正日益得到规范,但采购违规、采购残次品的现象仍然存在。应进一步完善供应商资格审查、验收责任及惩处机制、政府采购信息发布等制度,实施事前、事中和事后全面监控,有效防范采购风险。

“黑心棉被”竟来自政府采购

日前,江苏省质监局公布了 2013—2014 年度专项执法行动十大案例,其中引起广泛关注的,是一起涉及 1800 多床棉被的“黑心棉”事件。

2013 年 5 月,有市民举报,南京六合区的东沟敬老院和瓜埠敬老院采购的棉被存在质量问题。江苏省纤维检验局执法人员根据举报对六合区东沟敬老院和瓜埠敬老院采购的棉被产品进行执法检查。检查发现,这些的被(含被套)的填充料含有再加工纤维,标注全棉被套的纤维含量实为化纤。经检验,被套及棉胎为不合格品。

“通俗地讲就是黑心棉,我们讲的严谨一点就是劣质纤维制品,是不能生活用的,事实上他这批货肯定是存在严重质量问题的。”江苏省质监局纤维检验局相关人士介绍。令人吃惊的是,这些“黑心棉被”竟然全是通过政府招标采购来的,并且还被分派给了养老院里的老人们使用。采购单位为六合区民政局,供货单位为南京遐丝雨服饰厂。

目前,这批“黑心棉被”已经被责令回收、并做无害化焚烧处理。江苏省纤维检验局随即责令厂家停止销售这些不符合国家强制性标准的棉被和被套,没收厂家违法所得 36 922 元,并罚款 25 万元。执法人员介绍,因为这起案件涉嫌犯罪,已经被移送到了司法机关进行后续调查处理。

“残次品”缘何屡次“入围”?

这并非孤例,今年 9 月湖南邵阳县也发生过类似的“怪事”:当地政府原本为学生更换 10 万套桌椅,却未想花 1500 万元招标采购的全是“次品”。湖南省商品质量监督检验研究所出具的报告显示,6 家供应商的产品均不符合招标文件要求。

近年来为何采购残次品的现象频出?

“我们几乎每年都接触多起类似案件。”政府采购专家谷辽海认为,主要原因是政府采购过程中,对投标供应商资格审查不严。在南京“黑心棉事件”中,随后的调查发现,这批棉被单

^① 敬老院收到 1800 床“黑心棉”政府采购为何残次品频出[N].经济参考报,2014-10-23.

价140元、总价25万元，而供货单位南京遐丝雨服饰厂上并没有此项经营项目，却在招标采购中中标了，企业负责人在中标后，因为自己没有生产能力，就找到了南京金桥市场里的一家专卖店，这家专卖店又联系另外的厂家进行生产。并确定以每套67.5元的价格、为南京遐丝雨服饰厂提供货源。最终以每套140元的价格提供给当地民政局，价格翻了一倍多。

“一般政府采购都是找生产商采购，没有资质的企业都能蒙混过关，要么企业弄虚作假，要么是采购部门有漏洞。”中国社科院法学研究所副研究员吕艳滨表示。

其次，产品质量跟踪和监督验收环节也存在明显漏洞。谷辽海同时表示，目前来看，采购环节相对比较严谨，但是确定中标供应商之后，产品验收环节存在偷梁换柱、张冠李戴的现象，并不鲜见。

“以次充好现象的出现，更多的是合同履行过程当中发生了问题。”南京睿海公共管理研究中心负责人周睿认为，政府采购存在的最大问题在前期环节和采购合同的履行环节。吕艳滨则认为，验货责任是采购方，产品质量出现问题，要么是疏于管理、要么是内外串通。

而在湖南邵阳的“次品”桌椅事件中，虽然当地否认招标存在“猫腻”，并对各个环节的工作做出了解释，但仍被质疑未严格按照标书，对产品进行验收，直到投诉发生后才请人来鉴定。

此外，价格“猫腻”也被认为是政府采购领域值得关注的问题。中国社科院发布的《法治蓝皮书(2013)》中关于“政府采购”的信息显示，部分地方政府采购办公用品过程中，有79.86%的商品高于市场价格。其中，最极端的一个例子是，一台普通的台式电脑，政府采购价达到惊人的9万多元，而市场价不过才2000多元，相差30多倍。吕艳滨表示，价格虚高现象不仅违背了引入招标投标和协议供货制度的初衷，更严重损害了纳税人的权益。

政府采购行为有待进一步规范

业内专家认为，政府采购行为经过十余年的实践发展，从采购程序、采购组织上看，规范性已得到明显提高，但实践中存在的问题也更具隐蔽性，应当继续完善政府采购信息公开、供应商资质认定、违规采购惩治的制度，进一步规范政府采购行为。

“投标供应商资格审查方面，一定要审查原件，建立有效的监督机制”。谷辽海表示，在政府招标采购实践中，通常要求提供的是复印件，这就为投标供应商造假提供了空间，实践当中这种情况也较为普遍，并且缺乏有效监督。

“在验收环节，实践中有采购中心验收的、也有采购人验收的，如果供货方与采购人‘关系好’，就容易为腐败提供了空间。”谷辽海认为，产品验收环节还要进一步明确验收方及其法律责任，最终发现提供的产品与投标文件不一致，或者存在玩忽职守情节的，应该承担相应的法律后果，目前这一点在《政府采购法》里并没有规定。

周睿表示，在供应商围标、串标方式等方面表现得更为隐蔽，也对政府采购的把控能力不断提出挑战。目前政府采购中供应商所采用的围标、串标方式通常会根据政府采购文件中公布的评标办法，以及其他供应商可能报出的市场投标价进行反复演算，如此能保证围标成功的同时获得更多的中标收益。在此过程中参与围标、串标的供应商往往还掺杂其他一些隐蔽的围标、串标手段，增加了监管、查处的难度。

吕艳滨等专家还认为，应当加强政府采购全过程预算及决算监控，设立投诉举报电话，实施事前、事中和事后全面监控，提高采购的透明度和财政资金的使用效率，有效防范采购风险。相关调研显示，不少地方政府采购平台主动公开的信息很有限，有些采购平台虽也公布信息，但是避重就轻，未公布商品型号、具体配置和对应单价等核心信息。在信息不对称的情况下，增加了监管的难度和成本，容易造成采购失控，滋生腐败。

【法理研究】

上述案例在政府采购中并不是个案，究其原因政府采购执法不严是一个重要原因。执法不严除了执法机关主观因素外，还有一个重要原因是“无法可依”，虽然政府采购法对供应商的违法行为做出相应规定，但违法行为的表述较为原则，特别是对一些违法行为较轻没有构成犯罪的违法行为缺乏处罚依据，与《政府采购法》第七十七条规定的供应商的违法情形相比，本《条例》在此基础上，增加了六种供应商需承担法律责任的情形，但仍依法按照《政府采购法》第七十七条第一款的规定给予相应的处罚。法条之所以要增加供应商应受到处罚的新情形的原因，主要是因为实践中出现了大量的新增案例，供应商采取各种新的违法手段，以求为自身谋取不正当的利益，因此，需要制定相关的法条，使有关财政部门对供应商那些典型的、常见的违法手段做到明确、清晰的把握，以解决实践中常出现的问题，从而达到规范供应商行为，也能够约束供应商自身避免做出这些法定禁止性行为，否则将要承担相应的法律后果。这样子做不仅规范了政府采购的市场秩序、净化采购的竞争环境，而且还能够使供应商约束自身的不良行为，做到自律，从根本上解决供应商存在违法行为的不良现象。

还应该指出的是，除了通过行政手段严格执法净化市场环境外，实行信息披露制度并通过对供应商的产品实行质量保险制度，通过市场行为规范市场是发达国家规范市场行之有效的办法。两者不能偏废。

第七十三条 投标人恶意不实投诉的法律责任

第七十三条 供应商捏造事实、提供虚假材料或者以非法手段取得证明材料进行投诉的，由财政部门列入不良行为记录名单，禁止其1~3年内参加政府采购活动。

【条文释义】

本条是对《条例》第五十七条规定的驳回投诉的法律追究。本条的适用主体是供应商。

《条例》第五十七条规定，“投诉人捏造事实、提供虚假材料或者以非法手段取得证明材料进行投诉的，财政部门应当予以驳回。”

《政府采购法》第五十五条规定，“质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内做出答复的，可以在答复期满后15个工作日内向同级政府采购监督管理部门投诉。”法律上明确保障了供应商的投诉权，但是投诉的处理必须兼顾成本和效率，积极维护市场秩序的诚信原则，为约束个别不诚信的供应商有必要在招标文件中也对此做出约定。

一、非法投诉的表现形式

1. 捏造事实恶意投诉

投诉人捏造他人违反有关采购法律法规的情形，即以根本不存在的、可能引起有关政府采购监督管理部门做出不利于被投诉人处理决定的行为，如捏造投标人曾召集会议研究串标，可要求采购监督管理部门撤销中标人。

2. 提供虚假材料

通过虚构、编造事实上不存在的证明文件的行为。

上述两条列举的行为属于证据造假。

3. 以非法手段取得证明材料

通过欺骗、利诱、强迫等不正当的非法手段取得与投诉有关的证明材料。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条规定，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。如通过招标人、招标代理机构或者评标委员会成员获取应当保密的信息和资料进行投诉应当驳回。

上述条款列举的行为均属于行为违法。

捏造事实、提供虚假材料、以非法手段获得证明材料均可参照第六章第五十七条的释义。

二、恶意不实投诉的执法主体及其处罚

恶意不实投诉要由财政部门列入不良行为记录，禁止非法投诉人在一至三年内参加政府采购活动。其法律责任可参照第七十二条部分释义。

(1) 列入不良行为记录。

《政府采购法》第二十二条所规定的供应商条件，是政府采购的前期审查内容。这种预审条件在实践中能将不符合条件的供应商排除在采购程序之外，直接决定了供应商是否拥有政府采购的参与权。毫无疑问，无论对保证政府采购合法正当的市场竞争秩序，还是对供应商的实质利益，这都是非常重要的一个条款。

(2) 禁止非法投诉人在1~3年内参加政府采购活动。

具体的禁止期限，由财政部门根据非法投诉的供应商的主观故意、违法结果危害性等情形做出。

【案例 8-8】

投诉也应有理有据^①

【媒体报道】

“现在的供应商可不好惹，动不动就投诉。小问题能整出个大毛病，没问题，也能拨弄出几条是非。”日前，一采购办工作人员向笔者大发这样的感慨。引发该人员如此感慨的是一宗关于音像数码产品的采购。该项目在确定中标供应商后，相关部门立马就收到了投标供应商的投诉，该供应商投诉中标供应商不具有“认可工程商”资质书。相关部门调查后发现，中标公司“认可工程商”资质中虽然没有盖单位公章，但有法人授权签字，是当之无愧的有效证件。而投诉供应商却只有上一年度的授权，没有得到厂家本年度的授权。最终该投诉供应商被处以一年不能参加政府采购的处罚。

当供应商质疑投诉的意识越来越强时，政府采购领域里投诉的数量也越来越多。在大多数投诉中，投诉的主体都是未中标供应商，而投诉的矛头都直指中标供应商或者采购代理机构。原因很简单，唯有中标供应商“落马”，未中标供应商才有中标的可能。而代理机构如果在操作流程上有疏漏，在招标文件中有“瑕疵”，整个招标可以推翻了重来，从而给未中标者赢得新的机会。

为了给自己创造机会，不少投诉主体挖空心思地“找茬儿”，这“茬儿”找得用“掘地三

^① 芷君.投诉也应有理有据[N]. 政府采购信息报, 2008-12-12.

尺”来形容也不为过。笔者认为，失败者渴望胜利的心情可以理解，其创造胜利机会的愿望也可以理解。但创造胜利机会一是要以事实为依据，行之有效，二不可操之过急，没有证据就急着投诉。切不可只为了挑毛病，而忘了政府采购投诉程序存在的意义。

首先，需要弄明白一个问题，政府采购投诉程序存在的意义是维护所有供应商的合法权益，必须是采购中确实有不公平、公正的现象出现，才能去质疑和投诉，而不是简单得让未中标供应商去中伤中标供应商。因此，如果没有“铁证如山”的证据，千万别轻易迈出投诉这一步。法律历来奉行“谁投诉、谁举证”，如果举不出来证据，或者举出来的证据连自己都不十分确定，反容易沾染上“来说是非者便是是非人”的嫌疑。另外，在投诉前，最好“三省吾身”，确定自己在竞争中恪守公平公正。否则你可以挑别人的毛病，别人也可以找你的毛病。别没挑出别人的毛病，反被别人揪出了一身的“短”。这岂不是搬起石头砸了自己的脚。

【法理研究】

《政府采购法》第五十五条规定“质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内做出答复的，可以在答复期满后15个工作日内向同级政府采购监督管理部门投诉。”因此，根据质疑前置规则，法律赋予了质疑供应商法定投诉权，从而积极维护自身的合法权益。但是权利的行使必须在法律的框架之内，并不是随心所欲的。本《条例》补充到，质疑供应商行使投诉权时，要保证投诉的手段合法，也即不能采用捏造事实、提供虚假材料、以非法手段取得证明材料来进行投诉，从而保证投诉内容的真实性、合法性，财政部门在此基础上才能做出正当、有效的投诉处理决定。

在本篇报道中，反映出了实践当中的焦点问题：投诉人为了给自己创造机会，甚至挖空心思地“找茬儿”，这“茬儿”用“掘地三尺”来形容也不为过，其实原因很简单，唯有中标供应商“落马”，未中标供应商才有中标的可能。总而言之，质疑供应商投诉也必须要有理有据，不能凭空甚至采取不正当的手段进行投诉而谋取自己中标机会，那么就会造成投诉秩序的混乱不清，政府采购投诉制度存在的意义就会丧失。

第七十四条 恶意串通的法律责任

第七十四条 有下列情形之一的，属于恶意串通，对供应商依照政府采购法第七十七条第一款的规定追究法律责任，对采购人、采购代理机构及其工作人员依照政府采购法第七十二条的规定追究法律责任：

- （一）供应商直接或者间接从采购人或者采购代理机构处获得其他供应商的相关情况并修改其投标文件或者响应文件；
- （二）供应商按照采购人或者采购代理机构的授意撤换、修改投标文件或者响应文件；
- （三）供应商之间协商报价、技术方案等投标文件或者响应文件的实质性内容；
- （四）属于同一集团、协会、商会等组织成员的供应商按照该组织要求协同参加政府采购活动；
- （五）供应商之间事先约定由某一特定供应商中标、成交；
- （六）供应商之间商定部分供应商放弃参加政府采购活动或者放弃中标、成交；
- （七）供应商与采购人或者采购代理机构之间、供应商相互之间，为谋求特定供应商中标、成交或者排斥其他供应商的其他串通行为。

【条文释义】

本条具体列举了采购合同当事人恶意串通的行为，是对符合《政府采购法》第七十七条第一款第三项“恶意串通”的具体情形的列举性的规定。本条的适用主体是供应商、采购人、采购代理机构以及工作人员。

《政府采购法》第二十五条第一款规定，“政府采购当事人不得相互串通损害国家利益、社会公共利益和其他当事人的合法权益；不得以任何手段排斥其他供应商参与竞争。”法律明确禁止政府采购当事人之间恶意串通。

一、恶意串通的7种情形

采购人与供应商恶意串通是指双方为了让某供应商中标或试图取得相对优势的违法行为。供应商之间的串通投标行为是为了通过限制竞争来谋取超额利润。恶意串通不仅直接损害了其他投标人和采购人的合法权益，而且使政府采购公开、公平、公正的原则受到破坏，由于供应商串通投标往往使标价超出合理范围，从而加大采购人的采购成本，浪费财政资金并给采购项目最终交付留下了隐患。

（一）非法从采购方获得其他人的相关情况修改自己的文件

这种情形是供应商直接或者间接从采购人或者采购代理机构处获得其他供应商的相关情况并修改其投标文件或者响应文件。

该情形属于供应商与采购人、采购代理机构之间的恶意串通。供应商若是采用直接或者间接的不正当的手段，从采购人、采购代理机构那里获取了其他供应商的相关情况，包括采购人内部信息资源、预算情况、采购单位领导意见、评标现场意见、评委打分情况甚至其他供应商的技术细节、报价情况等，修改自己的投标文件或者响应文件，能够为自身赢得更多的中标、投标机会，从而严重损害了其他供应商的合法权益，同时造成了采购活动的不公正性。

（二）采购方与投标方串标

这种情形是供应商按照采购人或者采购代理机构的授意撤换、修改投标文件或者响应文件。

在实践中，提交投标文件、响应文件截止时间之前，供应商可以自主决定是否对文件内容进行修改，但若是供应商根据采购人、采购代理机构的授意进行修改，不管是截止时间之前，还是截止时间之后，都将会恶意获取到一些有利的信息，为自身赢得更多的中标、成交机会，同样的削弱了采购活动的正当性和严肃性，损害了其他供应商公平竞争的合法权益。

（三）投标方之间串标

供应商之间协商报价、技术方案等投标文件或者响应文件的实质性内容的情形。

该情形属于供应商之间的恶意串通。供应商之间协商报价、技术方案等投标文件或者响应文件的实质性内容的主要目的在于围标，所谓的围标行为，是指招标人（招标代理机构或评标专家）与投标人对招标投标事项相互串通、投标人与投标人之间对招标投标事项相互串通、投标人挂靠或借用他人资质参与投标等行为。因此，供应商企图通过控制价格的高低、技术方案等控制利益的分配，从而按照其利益分配机制协商中标或成交供应商。

（四）纵向围标

纵向围标属于同一集团、协会、商会等组织成员的供应商按照该组织要求协同参加政府采购活动。

所谓的协同参加，是指属于同一集团、协会、商会等组织成员的供应商按照同一集团、协会、商会预先制定的计划，保证某一特定的供应商能够中标、成交，因此这属于一种恶性串通，企图削弱其他参与活动的供应商的公平竞争机会。

这种情形值得注意的有两点：首先，参与同一采购项目的不同供应商属于同一集团、协会、商会等组织；其次，属于同一集团、协会、商会等组织成员的供应商按照该组织要求在同一采购项目中协同参加政府采购活动。

（五）横向积极围标

横向围标供应商之间事先约定由某一特定供应商中标、成交的一种围标，其自然是供应商之间的恶意串通。实际上是供应商之间采用串通合谋的手段，事先约定某一特定的供应商中标、成交，而采取其他不正当手段打压其他供应商的行为。近年来，招投标领域围标、串标等行为日益引起各方广泛关注。有关专家指出，招标投标是一种竞争性极强的交易方式，以优胜劣汰的竞争方式来达到交易目的，而当前在招标投标活动中挂靠投标、串标围标等问题仍然较为突出，严重影响了正常市场秩序，滋生了不少腐败现象。例如，在实践中，某些供应商恶意将报价抬高，以求为某特定的供应商谋取价格优势。

（六）横向的消极围标

即供应商之间商定部分供应商放弃参加政府采购活动或者放弃中标、成交的供应商之间的恶意串通。供应商之间通过商定达成默契，要求部分供应商放弃参加政府采购活动或者放弃中标、成交的行为，以求为某一特定的供应商谋取中标、成交的优势地位。

例如，在实践中，投标人之间相互串通，达成利益同盟，第一中标、成交候选人认为只要自己放弃了中标资格，第二中标候选人就会中标，而自己会获得一定的好处。

（七）其他串通行为

供应商与采购人或者采购代理机构之间、供应商相互之间，为谋求特定供应商中标、成交或者排斥其他供应商的其他串通行为。

此为兜底条款。法律未能完全列明实践中存在的各种恶意串通的情形。

二、政府采购活动中违法行为的法律责任

政府采购活动的法律责任具体指政府采购主体（包括采购当事人和采购非当事人）违反其法定义务，由有权确定其责任的机关依法确认其责任并强制其承担的不利的法律后果。政府采购活动的市场庞大，对供应商和许多相关机构极其工作人员存在着巨大的金钱诱惑。因此，也极易产生各种类型的违法行为。《政府采购法》及其《案例》通过设定违法行为必须承担的不利的法律后果，让违法的人承担法律责任，用法律的威严震慑其他公民以达到预防违法或犯罪的行为之功用。当违法或者犯罪行为已经发生时，法律责任的设定又为利益受损一方提供了救济的途径。同样，让采购活动中的违法者承担法律责任，也达到惩戒了违法者的效果。

（一）政府采购供应商违法行为应承担的法律责任

（1）对政府采购供应商违法行为的罚款。

处以采购金额 5%以上 10%以下的罚款；这里的采购金额是指采购人在采购文件中确定的采购项目的预算金额。在实践中，由财政部门视具体情况做出具体的处罚数额。

（2）将政府采购违法供应商列入不良行为记录名单。

在 1~3 年内禁止其参加政府采购活动；参照第七十二条责任释义。具体的禁止期限，由财政部门根据违法行为人的主观故意、违法结果危害性等情形做出。

（3）政府采购供应商有违法所得的要并处没收违法所得。

参照第七十二条责任释义。这不是一项强制性的法律责任。所谓的没收违法所得是指行政机关将违法行为人以违法的手段获取的财物、收入等全部或者部分收归国有的一种处罚方式。具体到本条，财政部门对有违法所得的供应商，并处没收违法所得。

（4）政府采购供应商违法情节严重的可吊销营业执照。

被吊销营业执照的供应商不得参加政府采购活动，不得从事任何经营业务。参照第七十二条责任释义。在实践中，“情节严重”，需要有关财政部门根据实际情况依法做出处理，典型情形主要有：供应商提供虚假材料谋取中标、成交结果；与其他供应商、采购人恶意串通等。

（5）构成犯罪的依法追究刑事责任。

（二）采购方应承担的法律责任

（1）构成犯罪的要由司法机关依法追究刑事责任。

例如，构成串通投标罪的，依照刑法第二百二十三条惩处。我国《刑法》第二百二十三条“串通投标罪”规定，“投标人相互串通投标报价、损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的”或者“投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法权益的，”单位和个人犯罪的行为。

又譬如，关于“串通投标罪”立案（追诉）标准在新出台的《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》中规定：“根据刑法第二百二十三条，投标人相互串通投标报价，或者投标人与招标人串通投标，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

（一）损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法权益，造成直接经济损失数额在 50 万元以上的；

（二）违法所得数额在 10 万元以上的；

（三）中标项目金额在 200 万元以上的；

（四）采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段的；

（五）虽未达到上述数额标准，但 2 年内因串通投标，受过行政处罚 2 次以上，又串通投标的；

（六）其他情节严重的情形。”

（2）尚不构成犯罪的要处以罚款。

《条例》第六十六条对罚款的限额规定为 5 万元以上 25 万元以下。具体罚款数额，财政部门视具体情况而定。

（3）有违法所得的并处没收违法所得。

参照第七十二条责任释义。所谓的没收违法所得是指行政机关将违法行为人以违法的手段获取的财物、收入等全部或者部分收归国有的一种处罚方式。具体到本条，财政部门对有违法所得的供应商，并处没收违法所得。

(4) 属于国家机关工作人员的须依法给予行政处分。

根据《公务员法》，行政处分包括：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

这些法律责任同时适用上述所有的违法恶意串通行为。

【案例 8-9】

政府采购三家企业串标 经调查确认给予行政处罚^①

【媒体报道】

近日，梧×市财政局对在政府采购招投标中串标的三家南宁企业做出行政处罚，这三家企业分别是南宁市熠×电子科技有限公司、南宁绿×电子有限公司、南宁易×电子有限公司。据悉，这三家企业分别提供的“投标声明书”中，出现文字错误的地方竟然都一样，这令市财政局的专家组成员们啼笑皆非。

去年9月2日，三家公司均参加了梧×市政府采购中心组织的“梧×学院设计学珠宝首饰制作中心设备采购（编号：GXWZZC2014-G1-040-ZC）”项目的投标。

在审核南宁易×电子有限公司提交的招投标文件时，梧×市财政局政府采购管理办的工作人员发现，该公司提交的“投标声明书”出现文字错误的地方，竟与其他两位投标人的投标文件一致。此外，由制造厂家广州卓×宝石机械有限公司向南宁市熠×电子科技有限公司签发的《授权书》、《销售服务承诺书》，却装订入南宁易×电子有限公司的投标文件中并加盖有公章。

在审核南宁绿×电子有限公司提交的招投标文件时，梧×市财政局政府采购管理办的工作人员还发现，三家投标人的投标文件中，所提供的法定代表人授权委托书的被授权人的身份证号码一致，身份证复印件信息显示该号码属同一人。

审核三家投标公司的材料，并就有关问题进行调查后，梧×市财政局确认，这三家企业存在串标行为。近日，梧×市财政局依据《中华人民共和国政府采购法》相关规定，对三家企业分别处以采购金额1990000元千分之五的行政罚款，即9950元。此外，这三家企业还被列入不良行为记录名单，一年内禁止参加梧州市政府采购活动。

【法理研究】

本条是对符合《政府采购法》第七十七条第一款第三项“恶意串通”的规定所进行的情形类型化，是在结合实践中普遍存在的、具体的恶意串通的案例的基础上，类型化地列出供应商之间、供应商与采购人、采购代理机构之间可能存在的恶意串通的情形，进而明确供应商、采购人、采购代理机构应当承担的法律后果。

“恶意”的心理状态包括明知和因重大过失应当知道而不知两种。“串通”，就是当事人相互串联、沟通，而在行为的动机、目的以及行为、行为的结果上达成一致，使共同的非法目的得到实现。

其实，在具体的政府采购过程中，“恶意串通”的现象复杂多样且屡禁不止，为什么供应商明知“恶意串通”是违法行为而仍然与其他供应商、采购人、采购代理机构串通一气，当事人出于恶意串通，是否应以获得私利为必要呢？其实，恶意串通背后主要的动机就是利益的驱动，为了谋取不正当的利益是“恶意串通”仍然保持活力的最大动机因素。法律具体类型化“恶意串通”的情形，是立法上的一大进步，也是解决实践中棘手问题的一大重要举措。

^① 政府采购三家企业串标经调查确认给予行政处罚[N]. 西江都市报, 2015-01-16.

第七十五条 政府采购评审专家违法行为的法律责任

第七十五条 政府采购评审专家未按照采购文件规定的评审程序、评审方法和评审标准进行独立评审或者泄露评审文件、评审情况的，由财政部门给予警告，并处 2000 元以上 2 万元以下的罚款；影响中标、成交结果的，处 2 万元以上 5 万元以下的罚款，禁止其参加政府采购评审活动。

政府采购评审专家与供应商存在利害关系未回避的，处 2 万元以上 5 万元以下的罚款，禁止其参加政府采购评审活动。

政府采购评审专家收受采购人、采购代理机构、供应商贿赂或者获取其他不正当利益，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，处 2 万元以上 5 万元以下的罚款，禁止其参加政府采购评审活动。

政府采购评审专家有上述违法行为的，其评审意见无效，不得获取评审费；有违法所得的，没收违法所得；给他人造成损失的，依法承担民事责任。

【条文释义】

一、违法法定评审程序的法律责任

《条例》第四十条规定，“政府采购评审专家应当遵守评审工作纪律，不得泄露评审文件、评审情况和评审中获悉的商业秘密。”第四十一条规定，“评标委员会、竞争性谈判小组或者询价小组成员应当按照客观、公正、审慎的原则，根据采购文件规定的评审程序、评审方法和评审标准进行独立评审。”

政府采购评审专家未按照采购文件规定的评审程序、评审方法和评审标准进行独立评审或者泄露评审文件、评审情况的：

由财政部门给予警告，并处 2000 元以上 2 万元以下的罚款；具体罚款的数额由财政部门根据实际情况加以确定。

影响中标、成交结果的，由财政部门处 2 万元以上 5 万元以下的罚款，禁止其参加政府采购评审活动。具体罚款的数额由财政部门根据实际情况加以确定。

二、应当回避而未回避的法律责任

《政府采购法》第十二条第一款规定，“在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有利害关系的，必须回避。供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的，可以申请其回避。”

《条例》第九条对利害关系的情形做出了规定，“在政府采购活动中，采购人员及相关人员与供应商有下列利害关系之一的，应当回避：

- （一）参加采购活动前 3 年内与供应商存在劳动关系；
- （二）参加采购活动前 3 年内担任供应商的董事、监事；
- （三）参加采购活动前 3 年内是供应商的控股股东或者实际控制人；
- （四）与供应商的法定代表人或者负责人有夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲或者近姻亲关系；
- （五）与供应商有其他可能影响政府采购活动公平、公正进行的关系。

供应商认为采购人员及相关人员与其他供应商有利害关系的,可以向采购人或者采购代理机构书面提出回避申请,并说明理由。采购人或者采购代理机构应当及时询问被申请回避人员,有利害关系的被申请回避人员应当回避。”

由财政部门处2万元以上5万元以下的罚款,禁止其参加政府采购评审活动,从评审专家库中除名。具体罚款的数额由财政部门根据实际情况加以确定。

评审专家不得参与同自己有利害关系的政府采购项目的评审活动,受到邀请的,应主动提出回避;因事先不知情而参与的,获悉情况后应立即申请退出。被抽取到的专家如有以下情况的,应回避参加项目评审小组:本人或本人的直系亲属与参加投标(报价)供应商有直接经济利益、拥有股份、债务和产权关系的;本人或本人的直系亲属在参加投标(报价)供应商任职或兼职的;本人所在单位与参加投标(报价)供应商有直接经济关系的;采购中心认定的其他不适于参加评审的原因。随机抽取后符合回避条件的,由参加抽取的人员现场讨论后不予邀请。

三、收受贿赂或者获取其他不正当利益的法律责任

《政府采购法》第二十五条第二款规定,“供应商不得以向采购人、采购代理机构、评标委员会的组成人员、竞争性谈判小组的组成人员、询价小组的组成人员行贿或者采取其他不正当手段谋取中标或者成交。”政府采购评审专家收受采购人、采购代理机构、供应商贿赂或者获取其他不正当利益构成犯罪的,依法追究刑事责任。

受贿罪的构成要件:

受贿主体是国家工作人员,按照《刑法》第385条处罚;

受贿主体属于非国家工作人员,按照《刑法》第163条处罚。

2006年6月29日审议通过的《刑法修正案(六)》中对第163条、第164条规定作了修正。修正后的第163条规定:“公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处5年以上有期徒刑,可以并处没收财产。公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中,利用职务上的便利,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,依照前款的规定处罚。国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前两款行为的,依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。”

尚不构成犯罪的,处2万元以上5万元以下的罚款,禁止其参加政府采购评审活动。具体罚款的数额由财政部门根据实际情况加以确定。两种处理方式适用其一。

四、政府采购评审专家有上述违法行为的法律后果

(1) 评审意见无效,不得获取评审费。

(2) 有违法所得的,没收违法所得。

参照第七十二条责任释义。所谓的没收违法所得是指行政机关将违法行为人以违法的手段获取的财物、收入等全部或者部分收归国有的一种处罚方式。具体到本条,财政部门对有违法所得的供应商,并处没收违法所得。

(3) 给他人造成损失的,依法承担民事责任。

详见第七十六条的释义。

该处理方式同时适用上述三种违法行为。

【案例 8-10】

张某某贪污案^①

【案情简介】

原审判决认定，2012 年 5 月至 2013 年 6 月，被告人张某某在任中国科学院沈阳自动化研究所机电产品制造中心主任期间，利用其负责采购设备及担任招投标评审专家的职务便利，在采购三综合试验箱时，接受重庆四达实验设备有限公司沈阳办事处经理刘某的请托，为苏州东菱振动设备有限公司提供帮助，最终使该公司中标，后非法收受刘某给其的好处费人民币共计 20 000 元。

本院认为，上诉人张某某身为国家工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪，且利用职务上的便利，非法侵吞公共财物，其行为又构成贪污罪，应数罪并罚。

【法理研究】

根据《条例》第七十五条第三款的有关规定，政府采购评审专家不得收受采购人、采购代理机构、供应商的贿赂或者通过其他不正当的方式获取不正当利益，这可以看出，评审专家不正当利益的来源主要有三个渠道：采购人、采购代理机构、供应商。此项是评审专家的一项禁止性的义务，若是不履行法定义务，承担相应的责任在所难免。所以本条款就细致的规定了评审专家的法定责任（既包括行政责任，又包括刑事责任）的适用情形。

《政府采购法》中并没有对评审专家的相关义务、责任做出具体、明确的规定，因此，这是《条例》的新增内容，也是新增亮点，主要考虑到，评审专家参与到政府采购活动的全过程，能够全面了解参与政府采购的当事人的所有信息，加之《条例》已经在第四十条第一款中规定“政府采购评审专家应当遵守评审工作纪律，不得泄露评审文件、评审情况和评审中获悉的商业秘密。”所以，评审专家在采购活动中的地位不容小觑，加之，在实践中，经常发生评审专家因收受不正当利益而做出不公正评审结果的现象出现，造成很多供应商质疑、投诉，加重财政机关的工作负担，给政府采购活动造成很强的负面影响。对评审专家的限制上升到法律层面是很有必要的，对其责任的清晰规定，一方面，打击了那些有收受不正当利益行为的评审专家；另一方面，给所有的评审专家以警示，规避此类行为的发生。这样做，有助于净化从事政府采购活动的环境，保证评审专家在评审过程中的客观独立性，从而保证评审专家做出的评审报告公正公平、科学客观，使采购结果倾向于合法、合理且正当。

本案当中，被告人张某某利用其担任招投标评审专家的职务便利，接受重庆四达实验设备有限公司沈阳办事处经理刘某的请托，为苏州东菱振动设备有限公司提供帮助，最终使该公司中标，后非法收受刘某给其的好处费人民币共计 20 000 元。法院认为，上诉人张某某身为国家工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪，应当追究其刑事责任。

^① 辽宁省沈阳市中级人民法院，沈中刑三终字第 12 号，裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

第七十六条 政府采购当事人的民事责任

第七十六条 政府采购当事人违反政府采购法和本条例规定，给他人造成损失的，依法承担民事责任。

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第七十九条的执法依据的补充。本条的适用主体是政府采购当事人。

《政府采购法》第七十九条规定，“政府采购当事人有本法第七十一条、第七十二条、第七十七条违法行为之一，给他人造成损失的，并应依照有关民事法律规定承担民事责任。”

民事责任即民事法律责任，是指公民或法人因违反法律、违约或者因法律法定的其他事由而依法承担的不利后果。《政府采购法》民事责任的承担主体包括政府采购当事人即采购人、供应商、采购代理机构等。政府采购民事责任根据其产生的法律依据不同，可分为违约财产责任和非财产责任，专门规定在第七十九条中。政府采购合同具有民事合同的性质，如果违反了合同义务就相应的产生了违约责任，其责任方式主要为经济赔偿。当履行合同的过程中侵害了当事人的财产性权力，还应当承担侵权责任，恢复原状、修理、更换、重做等是其主要的责任方式。另外还有除财产责任外的非财产责任，如排除妨碍、消除影响、恢复名誉等。

本条的主要目的在于对政府采购当事人以外的第三人的合法权益的保护，若受到合同当事人的非法侵害，法律赋予其维护自身合法权益的救济权利。但是这里的“他人”并不仅仅限于政府采购当事人以外的第三人，还包括政府采购当事人，如采购人、采购代理机构违法行为给供应商造成损害的，或者供应商违法行为给采购人、采购代理机构或其他供应商造成损害的，或者采购代理机构违法行为给采购人造成损害的，都要承担民事责任。这里说的是民事责任，因此，应当适用民法或者民事诉讼法来处理纠纷。

具体而言，根据《民法通则》第一百三十四条规定：“承担民事责任的方式主要有：

- （一）停止侵害；
- （二）排除妨碍；
- （三）消除危险；
- （四）返还财产；
- （五）恢复原状；
- （六）修理、重作、更换；
- （七）赔偿损失；
- （八）支付违约金；
- （九）消除影响、恢复名誉；
- （十）赔礼道歉。

以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”

自己买自己卖 吓跑潜在投标人^①

【案情简介】

2007 年 1 月 7 日上午, A 招标有限公司组织了一场有省内外 17 个建筑公司参加的开标会。据悉, 此次开标是为确定当地水利局 3 处饮水工程的承建单位。从开标到评标再到公布预中标, 一切都显得井然有序。

1 月 16 日, 当地政府采购监督管理办公室把市医院所需的住院部维修工程再次委托给 A 招标有限公司进行公开招标。但到投标截止日期当天, 却只有中标了上次水利局水利工程的公司和另一建筑施工单位递交投标文件。A 招标公司根据《招标投标法》第二十八条“投标人少于三个的, 招标人应当依照本法重新招标”之规定, 欲对该维修工程废标够重新组织招标。监管部门接到招标公司的汇报后, 觉得很奇怪, 前几天的饮水工程吸引了那么多家建筑公司, 此次维修工程招标却基本上无人问津。于是工作人员给本地和临市几家建筑公司打电话了解情况。

了解情况的结果让监管部门工作人员非常震惊, 一家建筑公司明确表示: “我们不想再参加这样的游戏了, A 招标公司组织的招标纯粹是在做戏……”; 另一家曾参与饮水工程的投标人则愤怒地说: “你们那里的开标会改称开标欺骗会, 上次参加你们的饮水工程采购, 我算是见了世面, 没想到还有这么恶劣的招标环境……”

经调查, 监管部门得知上次饮水工程采购招标中存在严重问题: 招标公司老总是中标公司的副总经理; 开标前, 多家投标企业已经知道了有哪些企业参与投标; 中标公司有两样资质是借用的。

【法理研究】

根据《政府采购法》第十四条规定: “采购代理机构不得以不正当手段获取政府采购代理业务, 不得与采购人、供应商恶意串通操纵政府采购活动。”

本案例中, 招标公司的老总居然还是投标人的副总, 自己买自己卖。在操作中, 即便老总完全回避此项目, 也很难让人相信其能公正客观地组织采购, 何况最终还中标了呢, 这明显是一种违法行为。根据《政府采购法》第二十二条和《条例》第十七条的规定, 供应商参与政府采购活动, 需要具备一定的资格条件且需提交相关的证明材料。而最终中标人以借用的资质顺利中标的行为明显存在骗标目的, 明显可以推断出该中标结果肯定是“蓄谋已久”的, 供应商借用他人资质投标属严重的违法行为, 政府采购禁止出借资质、挂靠、随意转包。此案例中存在的违法行为, 都会给其他潜在供应商带来损失, 因此, 根据本条规定, 赋予了受损失者一定的救济权, 可以追究相关责任人的民事责任。

第七十七条 财政部门的法律责任

第七十七条 财政部门在履行政府采购监督管理职责中违反政府采购法和本条例规定, 滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分; 直接负责的主管人员和其他直接责任人员构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

^① 刘亚利. 政府采购案例精编[M]. 北京: 中国金融出版社, 2011 年第 1 版.

【条文释义】

本条是对《政府采购法》第八十条的细化。本条的适用主体是财政部门。

一、财政部门在政府采购中行政违法行为的表现形式

在履行政府采购监督管理职责中，违反《政府采购法》和本《条例》规定。行为的表现形式有：

(1) 财政部门在政府采购中滥用职权。

指国家机关工作人员故意违法职责权限、超越职权、滥用职权的行为。

(2) 财政部门在政府采购中玩忽职守。

指国家机关工作人员故意不履行或者不正当履行自身职责的行为。

(3) 财政部门在政府采购中徇私舞弊。

指国家机关工作人员利用职务上的便利，明知是犯罪而包庇或者明知是无罪而使其受追诉。

二、财政部门在政府采购中的法律责任

1. 直接责任人员的行政责任

对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；这里的处分是行政处分，包括警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

2. 直接责任人员的刑事责任

直接负责的主管人员和其他直接责任人员构成犯罪的，依法追究刑事责任。

例如，“滥用职权罪、玩忽职守罪”在我国《刑法》第三百九十七条做了规定：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”

国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”

【案例 8-12】

凌志×受贿罪，凌志×滥用职权罪^①

【案情简介】

2006年3月至2012年，被告人凌志×先后担任苏州市农林局党委委员、苏州市畜牧兽医局局长、苏州市农业委员会党委委员，主管或分管畜牧兽医、畜牧标准化规模养殖项目补贴等事务，其在负责辖区内畜牧口标准化规模养殖场建设项目申报审核、实施监督、检查验收等工作过程中，明知项目实施单位未实际施工或未按项目实施方案进行投资建设、提供虚假材料送审送验，仍然违反规定处理公务，使相关项目顺利通过检查、验收，造成国家经济损失人民币575万元。

一审法院认为，被告人凌志×身为国家机关工作人员，滥用职权，致使国家财产损失人民币575万元，情节特别严重，且第1、第7笔滥用职权行为系为牟取小集体利益而实施，属徇私舞弊，其行为已构成滥用职权罪。

^① 江苏省高级人民法院，苏刑二终字第25号，中国裁判文书网，<http://www.court.gov.cn>

【审理辨析】

本院认为,上诉人凌志×滥用职权,致使国家财产损失人民币 575 万元,情节特别严重,其行为已构成滥用职权罪。一审判决认定凌志×犯受贿罪、滥用职权罪的事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,但认定凌志×滥用职权罪具有徇私舞弊情节不当,予以纠正。

【法理研究】

财政部门对采购当事人开展的政府采购活动的整个过程、环节承担最主要的监督管理责任,是政府采购活动监督管理的最主要的主体,所以,对供应商、采购人、采购代理机构的处罚决定一般都是由有关的财政部门做出。因此,财政部门在政府采购的整个过程当中具有举足轻重的作用。相应的,对财政部门的违法人员需承担的法律責任进行限定是必要的,“有权必有责,用权受监督,侵权要赔偿”是行政法律规范的基本原则之一,也是对财政部门有关违法人员做出处罚决定的主要依据。当财政部门的有关人员存在滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的行为,尚未构成犯罪的,给予行政处分,行政处分分为:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除,根据其具体违法行为的程度给予不同的行政处分类型;构成犯罪的,按照《刑法》分则的有关罪名追究其刑事责任。立法的目的不仅仅在于限制财政部门行使监督权的行为,能控制在法律的框架内,不做出任何违法监督管理的行为,而且保证政府采购活动的整个过程公开、公正、公平,使采购活动在有效的监督管理之中顺畅地进行下去。

参 考 文 献

1. 论文书籍

- [1] 刘志坚,宋晓玲.论行政责任实现的构成要件[J].兰州大学学报(社会科学版),2013(01).
- [2] 财政部门行使行政处罚裁量权指导规范开始实施[J].中国政府采购,2013(02).
- [3] 政府采购中合同标的的追加[J].中国招标,2010(02).
- [4] 雷裕春.论政府采购合同的变更和解除[J].法制与经济(下半月),2008(03).
- [5] 崔建远.行为、沉默之于合同变更[J].中外法学,2014(03).
- [6] 张芬.浅议政府采购法公开透明原则[J].知识经济,2010(22).
- [7] 朱润菊.建好专家库 规范政府采购评审[J].中国政府采购,2010(06).
- [8] 张茂林,柳劲松.论我国政府采购法的法律责任[J].行政与法,2007(08).
- [9] 刘慧卿.招投标方式下拒签政府采购合同的法律责任分析[J].中国招标,2007(33).
- [10] 向青春,张彦志.政府采购中的若干问题思考[J].实验技术与管理,2010(08).
- [11] 汤媛.试论我国政府采购法律责任的完善[J].法制与社会,2013(13).
- [12] 刘峰,孔娜.恶意串通行为研究》,中外企业家,2009(10).
- [13] 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著:《中华人民共和国政府采购法实施条例释义》[M].北京:中国财政经济出版社,2015 年第一版.
- [14] 《关于进一步规范政府采购评审工作有关问题的通知》(财库[2012]69 号)

2. 网站

- [1] 蒋沂.政府采购项目验收的主体及如何规范验收, 政府采购信息网, <http://m.caigou2003.com>, 2009-03-20.
- [2] 浅析政府集中采购机构与社会中介代理机构的区别, 河北博才网, <http://www.hbrc.com>.

[3] 韩洁, 徐砦, 谭元斌. 剑指“阳光下的采购黑洞”——聚焦政府采购法实施条例, 新华网, <http://www.xinhuanet.com>, 2015-02-27.

[4] 中标建筑工程中转包和违法分包现象及对策, <http://www.jianshe99.com>, 2010-09-21.

[5] 同自己有利害关系采购项目须回避, 新浪网, <http://www.sina.com.cn>, 2009-03-17.

3. 报纸

[1] 朱中一. 重大违法记录认定的困境与出路[N]. 中国政府采购报, 2011-09-15.

[2] 岳德亮. 国家发改委研究防治围标串标行为[N]. 经济参考报, 2012-01-05.

[3] 郭宁. 采购不得化整为零规避公开招标[N]. 江南都市报, 2012-11-15.

第九章 附 则

第七十八条 有关财政管理实行省直接管理的 县级人民政府的特别规定

第七十八条:财政管理实行省直接管理的县级人民政府可以根据需要并报经省级人民政府批准,行使政府采购法和本条例规定的设区的市级人民政府批准变更采购方式的职权。

【条文释义】

《政府采购法》第二十七条规定,“采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的,其具体数额标准,属于中央预算的政府采购项目,由国务院规定;属于地方预算的政府采购项目,由省、自治区、直辖市人民政府规定;因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的,应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。”其中因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的,在采购活动开始前,需要获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准,这就是所谓的批准变更采购方式。

变更采购方式分两种情况:《政府采购法》第二十七条和第三十七条:

其一是,因特殊需要采用公开招标以外的采用其他方式采购的审批;其二是,废标后招标失败需要采取其他方式采购的审批。

一、县级人民政府行使批准变更采购方式职权的前提

在财政管理方面,自2008年起就开始推进省直接管理县(市)改革,2009年财政部发布了《省直接管理县财政改革的意见》(财预[2009]78号),改革的总体目标是,2012年底,力争全国除民族自治地区外全面推进省直接管理县财政改革,近期首先将粮食、油料、棉花、生猪生产大县全部纳入改革范围。民族自治地区按照有关法律法规,加强对基层财政的扶持和指导,促进经济社会发展。省直接管理县财政管理有利于减少行政成本,提高行政工作效率。

二、县级人民政府行使批准变更采购方式的授权

县级政府应当根据县级财政管理改革的实际需要、考虑到政府采购管理水平、能力等,提出申请,经省级人民政府批准同意后,才能行使批准变更采购方式的权限。

县级人民政府行使批准变更采购方式职权体现了简政放权、转变政府职能的改革思路。

十八届三中全会决定进一步提出“有条件的地方探索推进省直接管理县(市)体制改革”,省直接管理县改革中的重要举措就是将部分以前市级人民政府的审批权限下放给县级人民政府。

实行“省直管县”财政改革就是在政府间收支划分、转移支付、资金往来、预决算、年终结算等方面,实现省财政与市、县财政直接联系,开展相关业务工作。在进一步理顺省与市、县支出责任的基础上,要确定市、县财政各自的支出范围,市、县不得要求对方

分担应属自身事权范围内的支出责任。转移支付、税收返还、所得税返还等由省直接核定并补助到市、县；专项拨款补助，由各市、县直接向省级财政等有关部门申请，由省级财政部门直接下达市、县。市级财政可通过省级财政继续对县给予转移支付。

本条款充分体现了以转变政府职能为核心，简政放权的改革思路。

以“强县扩权”和财政体制改革为主要内容的省管县体制改革极大调动了县域经济发展的积极性、充分发挥了县域经济发展的灵活性、最大限度推进县域经济全面发展，与此相适应扩大县级在政府采购监督管理的权限也势在必行。

【案例 9-1】

近半数省份非招标方式审批权下放至县^①

【媒体报道】

受调查范围涉及全国 22 个省（市、自治区），下放非招标采购审批权限已成必然趋势。

本报讯 记者戎素梅报道 采用非招标采购方式的货物、服务类项目，其审批管理权由哪一级部门实施？记者对全国 22 个省（市、自治区）调查得知，目前省级财政部门负责审批省级非招标采购项目，市级财政部门负责审批市级，而区县级非招标项目的审批管理情况不一，共有 10 个省（市、自治区）将其下放至县级，5 个省（自治区）按《政府采购法》相关规定执行。

根据我国《政府采购法》第二十七条，采购人采购货物或者服务，达到公开招标限额标准的采购项目须采用公开招标方式，“因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准”。但实践中，各地对该规定的执行不尽一致。

据调查，截至目前，按上述规定、由市级监管部门办理区县级非招标采购项目审批的有内蒙古、吉林、四川、湖南、广西 5 省（自治区）；将审批权授权给县级财政部门的，则有北京、天津、河北、河南、黑龙江、辽宁、山东、浙江、甘肃、宁夏 10 省（市、自治区）；两种情况并存的有山西、陕西、湖北、江苏、云南、福建 6 省，在云南省的 16 个州市中，有 4 个州市由县级上报州市级审批，其他州市均由县级自行审批；安徽省情况较为特殊，16 个地市已有 15 个地市建立了公共资源交易中心，个别地市出现并非由同级财政部门审批的现象。

【法理研究】

业内专家表示，在当前简政放权、财政体制改革逐步深化的大背景下，政府采购非招标项目的审批权限下放已成为一种必然趋势。

《政府采购法》第二十七条对非公开招标采购方式的审批权进行了分配，将审批权集中于设区的市以上的财政部门，县、不设区的市、市辖区的财政部门则没有审批权，将县、区政府采购活动中的审批权上移给设区的市一级或者省一级财政部门。《政府采购法》对采购方式审批权上移的规定，在理论上和实践中都存在一定的问題。

（1）县、区财政部门没有审批权不符合一级采购、一级监管的基本制度。

我国各级政府分别拥有相对独立的财政系统，实行一级政府、一级预算、一级国库的财政

^① 近半数省份非招标方式审批权下放至县[N]. 中国政府采购报，2014-08-22.

基本制度。在此基础之上，政府采购监管权实行一级采购、一级监管的模式也就顺理成章。《政府采购法》第十三条规定：“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责。”这与我国的预算制度、国库制度很好地衔接了起来。而采购方式审批权上移却违反了这种一级采购、一级监管的模式。

(2) 采购方式审批权上移在实践中易导致审批流于形式。

一级政府、一级采购的基本模式使得县、区政府采购活动对于上级财政部门来说是“陌生”的，在信息获得上存在着极大的障碍。不了解情况，但又被赋予重要的职责，这使得上级财政部门对于采购方式审批颇感棘手。于是，上级财政部门要求县、区财政部门先就采购方式变更提出意见再报送上级财政部门审核，成了常见做法。

不过，《条例》对采购方式审批权的下放，并不彻底。该款规定有两个限制条件：首先是主体性限制——只有实行省管县的县（市）才可以拥有采购方式审批权；然后是程序性限制——经过省级人民政府财政部门批准。根据这两个限制性条件，未获得省政府财政部门批准的县级人民政府财政部门仍无采购方式审批权；市辖区财政部门仍不可能拥有采购方式审批权；未实行省管县的县（市）财政部门仍不可能拥有采购方式审批权。

第七十九条 《政府采购实施条例》的施行时间

第七十九条 本条例自 2015 年 3 月 1 日起施行。

【条文释义】

综观人类的立法史，法自通过并且公布之日起往往并不一定生效。“法公布的时间与法律生效的时间并不完全一致。一般说来，法律公布后于何时生效。大致上有三种办法：①法自公布之日起在全国生效；②法于公布后经过一定期限在全国生效；③法公布后，按离公布地距离的远近，对于全国各地规定不同的到达期间，法律在全国各地于不同的期间生效。”

法的生效是指法律在其适用的时间、空间、对象、事项 4 个维度发生效力，这是一个时间段，从法开始生效的“生效点”开始，持续到法开始失效的“失效点”结束，是一个连续不断的过程，在这个过程中，法自始至终都发生法的效力。法的生效日则是表明从某一刻起，法开始在其适用的维度内发生法的效力。

法的生效日期是法律的必备构成内容，一般都是根据法律的具体性质和实际需要规定在附则中。其主要分为以下几种形式。

一、自法律公布之日起生效

这种情况或者由法律明文规定本法自公布之日起实行，或者法律不对其生效时间予以明确规定而推定本法自公布时生效。公布之日生效的法律多集中在宪法、国家法类、行政法类、经济法类、社会法类、刑法类。

例如，1980 年 9 月 10 日第五届全国人大第三次会议通过《中华人民共和国国籍法》第十八条规定：“本法自公布之日起施行。”采用这种生效形式的还有《中华人民共和国环境保护法》、1979 年公布的《中华人民共和国刑法》等，但数量有限。

二、到达期限为生效时间

以到达期限为生效时间，这种法的生效形式在民国初年就有采用。由于交通、通信条件的限制，立法者考虑到各地知悉法律的时间与其距立法机关所在地的远近有关，所以，法律文本规定了本法从到达各地后的时间开始生效，而法律到达各地的时间不可能相同，因而法律在一国范围内的生效时间不是同一的，距立法机关所在地近的，法律先生效，远的后生效。如 1804 年《法国民法典》就采用这一方法确定该法在全国各地的生效时间。

三、公布后经过一定时间生效

在我国的立法实践中，一般认为法律法规通过之后到付诸实施需要有一段施行准备期，因而法律法规的施行日期总是延后于通过和公布日期，至于“准备”多少时间为宜，并无统一的法律规定，而需根据法的不同情况而定。设置施行准备期是完全必要的。因为对于新制定的法律法规而言，其公布只是让社会公众了解的前提，并非只要公布了，公众自然就了解了。一般而言，公众对法的了解需要一个过程，更不可能在“公布之日”迅即了解该法律法规并以此约束自己的行为。

为了使公众和法律实施机关便于做好准备，法律文本规定的生效时间往往于公布后的若干时间生效。这种生效模式多集中在宪法、国家法类、民商法类、行政法类和经济法类。

2007 年 3 月 16 日第十届全国人大第五次会议通过了《中华人民共和国物权法》，而这部法律于 2007 年 10 月 1 日正式施行。这种形式是我国关于法律生效时间形式中使用最多的一种形式，绝大多数法律都在公布后经过一定时间生效。

法律的生效日期的规定，涉及法律的溯及力问题，就是新的法律施行后，对它生效前发生的事件和行为是否适用新法的问题。对于本条例而言，本条例施行前发生的法律事实和法律关系，不适用本条例；但是，在本条例施行前发生的法律事实和法律关系，直至本条例公布施行后依然自然存续的，则适用本法。

【案例 9-2】

东×电梯股份有限公司与山东三×集团有限责任公司 建设工程施工合同纠纷案^①

【案情简介】

原告东×电梯公司诉称，原、被告于 2008 年 2 月 20 日商定，原告参与被告三×彩石山庄项目电梯招标事宜，原告于 2008 年 2 月 21 日向被告交纳了投标保证金 5 万元（现金），被告开具了收据。但被告至今未开标，也未退还原告的投标保证金，现原告诉至法院，请求：1、判令被告依法返还原告投标保证金 5 万元；2、判令被告赔偿原告保证金的利息（自 2008 年 2 月 21 日起至判决生效之日，按银行同期贷款利率计算）；3、依法判令被告承担本案诉讼费。

经审理查明，原、被告于 2008 年 2 月 20 日协商后，原告苏州东×液压电梯有限公司参与被告三×集团公司开发的三×彩石山庄项目电梯招标事宜，2008 年 2 月 21 日，原告向被告交纳保证金 5 万元，被告给原告出具了收据。后因被告开发的三×彩石山庄项目停建，

^① 山东省济南市历下区人民法院，历商初字第 550 号。裁判文书分享平台，<http://www.caseshare.cn>。

电梯招标事宜未能进行,被告三×集团公司未能将保证金退还给原告,后经原告多次催要未果。

另查明,苏州东×液压电梯有限公司于2008年6月27日变更为东×电梯(集团)有限公司,2010年7月27日变更为东×电梯股份有限公司。

本院认为,原、被告双方虽然未签订书面协议,但通过原告提交的收据和被告三×集团公司的答辩意见,可以认定原告东×电梯公司曾于2008年2月21日向被告三×集团公司交纳电梯投标保证金5万元的事实,后因开发项目停建,招标未能完成,被告三×集团公司未能将保证金退还,现原告东×电梯公司请求被告三×集团公司退还保证金,事实清楚,证据充分。对于被告三×集团公司辩称的已过诉讼时效的请求,本院认为,未能及时退还保证金是因被告资金不足,开发项目停建等原因造成的,过错在于被告方,故对于被告三×集团公司的答辩意见,本院不予采信。

对于原告东×电梯公司主张的利息的起算时间,本院认为,因原、被告双方均未证据证明定标的时间,故对于原告东×电梯公司主张的利息起算时间,本院认为根据招投标的交易习惯后推一个月即从2008年3月21日起计算为宜,对于超出的部分,本院不予支持。

【法理研究】

鉴于2002年6月29日通过,2003年1月1日起施行的《政府采购法》并没有对投标保证金的缴纳形式做出明确的规定,2014年12月31日国务院第75次常务会议通过,自2015年3月1日起施行《政府采购法实施条例》第三十三条第一款规定“招标文件要求投标人提交投标保证金的,投标保证金不得超过采购项目预算金额的2%。投标保证金应当以支票、汇票、本票或者金融机构、担保机构出具的保函等非现金形式提交。投标人未按照招标文件要求提交投标保证金的,投标无效。”因此,投标保证金的缴纳法定形式只能是非现金形式。而在此案当中原告提交的投标保证金的形式为现金形式,鉴于此案是在2008年发生的,审结时间是在2015年,那么法院是否应当适用本《条例》追究其违法缴纳形式,就涉及了本《条例》是否具有溯及力的问题。

但根据《立法法》第八十四条的规定,《政府采购法实施条例》只对其生效后的采购活动有约束力,对它生效前的采购活动不具有约束力。不过由于政府采购活动具有连续性、时间跨度长的特点,对3月1日前已经启动,但尚未结束的采购活动,在3月1日以后继续进行的采购活动是否适用《政府采购法实施条例》,就需要根据具体情况具体分析了,这无疑就涉及“新法与旧法的关系”问题。

毋庸置疑,任何法律的制定,往往要打上时代的烙印。一般而言,就同一类问题,当出现了新的法律之后,实践中采取“不溯及既往”的原则,同时又提出了“从新从优”的新理念。前者指:在办案中,新的规定与原有规定不一致的,适用原有规定。法的溯及力问题的背后是一个价值取向问题,法不溯及既往原则使自由、秩序、保障人权、信赖利益等价值形成了协调一致的价值体系。该原则旨在限制国家权力、保护公民权利,增强了人们对国家法律秩序的信任感,是现代法治社会的一项基本原则,也是解决法的溯及力问题的基本原则。

我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(一)》第2条明文规定:“因公司法实施前有关民事行为或者事件发生纠纷起诉到人民法院的,如当时的法律法规和司法解释没有明确规定时,可参照适用公司法的有关规定”。因此可以认为,新法施

行之日前成立的合同，经当事人协商或者法院、仲裁机关认定，可以适用新法。

应当认为，法律规范的时间效力，其首先是指法律规范何时开始生效，何时终止，其次是有无溯及力的问题。

在时间效力问题上，最敏感的问题实际上应是溯及力或回溯力的问题。这里所谓的溯及力，又称溯及既往的效力，是指法律生效以后是否适用于生效以前的问题，如果适用，就表明具有溯及力，如果不适用，就表明没有溯及力。这其实是即新法对过去发生的行为、事件、已形成的社会关系是否有效的问题。

在现代民主共和国中，法的溯及力问题上有两个通行的原则。第一个原则是“不溯及既往”的原则。法是指导人们行为的标准。因此，一般只应适用于生效后发生的行为、事件和形成的社会关系。第二个原则是“有利追溯”原则。有利追溯的原则在民法中多表现为：如果先前的行为现在看来是合法的，新法应承认其合法性并予以保护，如对旧契约的承认，对新婚姻法生效之前的婚姻关系的保护等。有利追溯原则在刑法中表现为从轻追溯，即对新法不认定是犯罪或者处罚较轻的案件适用新法。

我国的法律，一般是没有溯及力的，法律如果没有溯及力，那么就应当在法律条文中对此做出明确的规定。《政府采购法实施条例》既然没有关于本法有无溯及力问题的规定，这表明，本法没有溯及力，即本法施行以前的行为，将不能依据本法的规定进行处理，而要依据本法施行以前的规定进行处理。

《中华人民共和国立法法》第八十三条规定：“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”这确立了我国司法实践中法律适用的一项基本规则即“新法优于旧法”的规则，其基本含义是，当新法与旧法对同一事项有不同规定时，新法的效力优于旧法，在新的法律生效后，与新法内容相抵触的原法律内容终止生效，不再适用。

大多数所谓的旧法，都是在短期内既不可能修改，又不可能废除，然而，由于当时的局限性，它的某些规定与新的法律有冲突的地方，在冲突的法律规定的范围内，应当适用新法。应该注意的是，新法与旧法必须是同一位阶的；若并非同一位阶的应该遵循“上位法优于下位法的原则”。

实践中，要注意合同履行纠纷。《政府采购法实施条例》施行以前成立的合同，履行期限跨越《政府采购法实施条例》施行之日，因履行合同发生的纠纷，合同中无约定或约定不明确的，自可适用新的《政府采购法实施条例》的有关规定，其理由亦归之于“从优”原则，旨在更有力地保护自然人、法人和其他组织的合法权益。

参 考 文 献

1. 论文书籍

- [1] 李岸南. 浅析法不溯及既往原则[J]. 法制与社会, 2010(08).
- [2] 虞波. 浅析新法优于旧法法律规则的个案适用问题[J]. 法制与社会, 2012(27).
- [3] 财政部国库司、条法司、政府采购管理办公室等编著. 中华人民共和国政府采购法实施条例释义[M].北京: 中国财政经济出版社, 2015 年第一版.

2. 网站

- [1] 关于推进省直接管理县财政改革的意见（财预〔2009〕78号），中华人民共和国中央人民政府，<http://www.gov.cn>.
- [2] 以《“强县扩权”和财政体制改革为主要内容的省管县体制改革》http://www.360doc.com/content/14/0418/14/1164894_370040783.shtml/2014.4.18.

3. 报纸

- [1] 省直管县财政改革 2012 年底前全面推行[N]. 京华时报，2009-07-10.
- [2] 朱中一 .非招标方式审批权能下放给县级吗? [N]. 中国政府采购报，2012 -10 -26.